Switzerland



Festgabe

dem

Schweizer Juristenverein

bei seiner

46. Jahresversammlung

28. und 29. September 1908 in Zürich

überreicht von

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

UNIVERSITÄT ZÜRICH.



ZÜRICH 1908.
Druck und Verlag von Schulthess & Co.

Festgabe

dem

Schweizer Juristenverein

bei seiner

46. Jahresversammlung

28. und 29. September 1908 in Zürich

überreicht von

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

UNIVERSITÄT ZÜRICH.



ZÜRICH 1908.
Druck und Verlag von Schulthess & Co.

Inhaltsverzeichnis.



Die Doktrin des internationalen Strafrechts und ihre heutigen Aufgaben

von

F. Meili.

1

Il faut à la criminalité internationale opposer résolument la répression internationale

FEUILLOLEY

in: Revue de droit international privé et de droit pénal international 1905, I, S. 243.

Einleitung.

Das moderne internationale Leben verdient die Aufmerksamkeit der Juristen in weit höherem Grade, als sie ihm gemeinhin geschenkt wird: es repräsentiert eine Welt für sich. Dies gilt auch vom internationalen Strafrecht und Strafprozessrecht, die sich naturgemäss an das internationale Zivil- und Handelsrecht anschliessen. Es handelt sich dabei um eine Fülle von Fragen, die in der heutigen Zeit von hoher Bedeutung sind.

Freilich stehen wir auch im internationalen Strafrecht vor vielen Kontroversen der Wissenschaft; allein es gilt, sie mutig anzugreifen und den Versuch zu machen, sie zu einer Lösung zu bringen. Es gibt freilich viele Leute, welche auch heute noch meinen, dass sich das Leben vorwiegend kleingewerblich, kleinindustriell, kleinbäuerlich abwickle — sie sehen in ihrem engen Horizonte nichts von dem ungeheuren Grossbetriebe, nichts von den alles Kleine zerschmetternden Maschinengestaltungen, nichts von den grossartigen Zusammenballungen und den riesenhaften Assoziationen, welche der modernen Zeit speziell auch auf dem internationalen Boden die Signatur verleihen. Und diesen neuen Grundströmungen des Rechts entspricht auch eine kapitale Aenderung des Unrechts: *das Verbrechertum ist gleichfalls international geworden.* Es gibt in der modernen Zeit Verbrecher, welche den Schauplatz ihrer Tätigkeit mit Absicht auf den Weltboden verlegen; sie ziehen aus der grossartigen Entfaltung der Verkehrsmittel, aber auch aus der Mangelhaftigkeit der Straf-

rechtsnormen Nutzen. Es ist hier namentlich auf das internationale Vagantentum, auf die reisenden Berufsverbrecher und das international organisierte Verbrechertum hinzuweisen. Das Verbrechen tritt auch als internationale Handelstätigkeit auf und nicht selten in Form des Grossbetriebs — es ist in dieser Beziehung auf die Falschmünzerei, auf Falsifikate von Checks, Aktien und Losen, auf Post- und Eisenbahndiebstähle und auf den Mädchenhandel hinzuweisen.[1]) In allen diesen Richtungen muss der moderne Staat die nötigen Vorkehrungen treffen: dem Talente des Unrechts ist die Energie und der Ernst des Rechts gegenüber zu stellen, — der Originalität des Verbrechertums muss namentlich auch auf dem internationalen Gebiete die Originalität der juristischen Doktrin parallel gehen. Hier bleibt, wie wir sehen werden, vieles zu tun.[2])

---

[1]) Honnorat bemerkt in seiner Etude sur les moyens de réprimer la criminalité internationale in den Mitteilungen der internationalen Kriminalistischen Vereinigung 13. S. 261: Il y a, bien que cela puisse paraître étrange au premier abord, comme une association tacite entre les criminels des différents pays; de récents procès l'ont établi d'une manière indiscutable, soit qu'il s'agisse d'entente en vue de s'approprier la fortune d'autrui, même à l'aide de meurtres ou de violences (vols, assassinats dans les hôtels des villes d'eaux etc. . . .), soit qu'il s'agisse d'associations d'anarchistes, en vue de détruire la forme des gouvernements et de porter atteinte à la vie des chefs d'état ou des hommes politiques.

[2]) Wie ich schon mehrfach bei andern Gelegenheiten gesagt habe, ist es namentlich auch nötig, dass die Universitäten die Disziplin des internationalen Privat- und Strafrechts ernsthaft und regulär pflegen. Einen neuen und treffenden Mahnruf, hier bezüglich des gesamten internationalen Rechts in der Vorbildung der Juristen endlich überall Ordnung zu schaffen, erlässt Kebedgy in der Abhandlung: L'enseignement du droit international et son caractère obligatoire, in Rev. de dr. i. Deux. S. X. (1908) S. 241 bis 260. Die Juristen pflegen häufig zu spät, nämlich mit dem Momente, da sie in die Praxis eintreten, zu erfahren, wie unendlich wichtig die Gebiete sind, welche unter dem Kollektivnamen des internationalen Rechts (und namentlich auch des internationalen Privat- und Strafrechts) zusammengefasst werden. Um den Juristen sehr peinliche Ueberraschungen in ihrem Leben zu ersparen, dürfte es wirklich an der Hand des grossartigen inter-

An diesem Orte werde ich mich freilich mit einigen wenigen Reflexionen über das internationale Strafrecht, von dem die Fragen des internationalen Strafprozesses nur schwer zu trennen sind, begnügen.

---

nationalen Lebens der Neuzeit angebracht sein, ihnen überall an den Universitäten die nötigen Begriffe an die Hand zu geben, um es zu verstehen. Die exklusive Kleinmalerei in der Jurisprudenz genügt wahrhaftig in unserer Zeit nicht mehr.

Erster Teil.

Der Begriff, Name und Charakter der Disziplin des internationalen Strafrechts und -Strafprozessrechts.

Was *den Begriff* des internationalen Strafrechts anbetrifft, so handelt es sich hauptsächlich um zwei Kategorien von Fragen. In *erster* Linie ist festzustellen, wie weit im allgemeinen der Wirkungskreis des internen Strafrechts geht, wenn Ausländer im Inlande und Inländer oder Ausländer im Auslande delinquieren. Man muss dabei auseinanderhalten:

1. dass Ausländer im internen Staatsgebiete interne und auswärtige Rechtsgüter verletzen können;
2. dass Staatsangehörige im Auslande delinquieren können gegen den eigenen Staat, gegen Landsleute und gegen fremde Rechtsgüter;
3. dass Ausländer im Auslande delinquieren können gegen den internen Staat, gegen interne Angehörige und gegen fremde Rechtsgüter.

In *zweiter* Linie muss speziell untersucht werden, welchem objektiven Strafrechte ein Delikt unterstehe, wenn die Handlungen in mehrere selbständige Staaten hinübergreifen. Man muss dabei namentlich denken an:

1. die Anstiftung, Mittäterschaft, Begünstigung von Personen in einem Staate gegenüber Verbrechenstaten, die in einem andern Staate ausgeführt werden;
2. die Distanzdelikte;
3. die Dauerdelikte;
4. die Pressdelikte.

Wenn man das internationale Strafrecht zutreffend definieren will, so kann man so sagen:

> Unter dem internationalen Strafrecht ist zu verstehen der Komplex der Normen und Rechtsregeln, welche sich aus der Tatsache ergeben, dass deliktische Handlungen unter die Herrschaft von Strafgesetzen mehrerer politisch von einander unabhängiger Staaten fallen oder zu fallen scheinen.

v. Rohland umschreibt den Gegenstand folgendermassen:[1])

> Das internationale Strafrecht enthält den Inbegriff der Rechtssätze, durch welche der Staat als Glied der Staatengemeinschaft das Geltungsgebiet seiner Normen und Strafgesetze hinsichtlich der Personen und Rechtsgüter bestimmt.

Und die Formulierung, welche v. Martitz vorschlägt, geht dahin:[2])

> Internationales Strafrecht ist das System derjenigen Rechtssätze, welche die Beziehungen des staatlichen Strafrechts besser des internen Strafrechts zum Auslande betreffen.

Es ist freilich wahr, dass die begriffliche Umschreibung des internationalen Strafrechts noch nicht überall klar erfasst wurde. Daraus gingen verschiedene Irrtümer hervor. So wird z. B. die Ansicht vertreten, es falle darunter auch die Auslieferung und die Mitteilung der internationalen Erhebungen und Erkundigungen (commissions rogatoires, casiers).[3]) Nun kann doch ein ernsthafter Zweifel darüber kaum bestehen, dass es sich in diesen soeben erwähnten Dingen um inter-

---

[1]) v. Rohland, Das internationale Strafrecht I. Abtlg. (1877), S. 2.

[2]) v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Beiträge zur Theorie des positiven Völkerrechts der Gegenwart I. (1888), S. 1 ff. Vergl. auch A. Hegler, Prinzipien des internationalen Strafrechts (1906), S. 1 ff.

[3]) Vergl. R. Garraud, Traité theorique et pratique du droit pénal français, 2e éd. I., S. 51, Anm. 2.

nationales Strafprozessrecht handelt. Ganz unrichtig ist es, die Auslieferung als einen Teil des Strafrechts anzusehen; gleichwohl tut man so, als ob dies richtig wäre: die Auslieferung des Verbrechers an das Ausland bedeutet stets eine Verneinung des internen Strafrechts, und wenn die Handlung desjenigen, dessen Auslieferung verlangt wird, unter das Strafrecht des requirierten Strafrechts fallen würde, so müsste doch richtigerweise dieser Staat sein Strafrecht und seine Strafhoheit zur Geltung bringen.[4]) Es handelt sich indessen bei der Auslieferung zweifellos um einen Akt der Rechtshilfe, und daher gehört sie zu dem Strafprozessrecht. Die Auslieferung soll ein der Ausübung der Strafjustiz durch den requirierenden Staat entgegengestelltes Hindernis beseitigen, wie schon Hugo Grotius treffend ausgeführt hat.[5])

Die Benennung der Disziplin ist verschieden und ihre kurze Bezeichnung macht gewisse Schwierigkeiten, ähnlich wie der Name des internationalen Privat- und Zivilrechtes.[6]) Indessen darf man der Sache keine zu grosse Bedeutung beilegen: der Taufname einer Materie ist stets einem Stenogramm zu vergleichen, an dem man dies und jenes aus-

---

[4]) Binding, Handbuch des Strafrechts I., S. 397.

[5]) Hugo Grotius sagt De jure belli ac pacis liber II. cap. XXI. § 4 No. 7: haec autem permissio jus nullum dat aut adimit; *executionis tantum impedimentum tollit*. In diesem Sinne drückt sich auch L. Olivi, Manuale di diritto internazionale publico e privato (Milano 1902), S. 94 aus. Es ist die Ansicht ausgesprochen worden, man müsse neben dem internationalen Strafrecht und Strafprozessrechte einen dritten Teil des Oberbegriffs, nämlich das Auslieferungsrecht, unterscheiden. Mag es sich in dieser Beziehung verhalten, wie es will, so ist es jedenfalls richtiger, die Auslieferung separat zur Darstellung zu bringen. Vergl. v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen I., S. 432. Die Materie des Auslieferungsrechts wird auch in den Werken des Völkerrechts erwähnt. In der Regel geschieht es freilich nur ganz kursorisch. Dies ist z. B. der Fall bei Hall, A treatise on international law, 5th ed. (1904), S. 210—213.

[6]) Vergl. dazu mein Buch: Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, I. S. 6 ff.

setzen kann, — viel richtiger ist es, sich mit der Sache selbst wissenschaftlich zu beschäftigen. Man redet zuweilen vom sachlichen Anwendungsgebiet oder von der Lehre vom örtlichen Geltungsgebiet der Strafgesetze. Wächter spricht in dem 1881 herausgegebenen Werke „Deutsches Strafrecht" von dem Herrschaftsgebiete nach den territorialen Grenzen und dem *sogenannten* internationalen Strafrechte (S. 82). Und im Inhaltsverzeichnis, S. VII, wird die Materie, um die es sich handelt, so bezeichnet: Das Herrschaftsgebiet der Strafgesetze nach den Personen und den sogenannten internationalen Verhältnissen. Berner verwendet in seinem Lehrbuch des Strafrechts, § 128, die Bezeichnung „Herrschaft des Strafgesetzes rücksichtlich des Ortes". Und schon in seiner Schrift: Wirkungskreis der Strafgesetze (1853) unterscheidet er (S. 18) den Wirkungskreis der Strafrechtsnormen innerhalb der Zeit, des Raumes und der Person. Allerdings ist es richtig, dass das Strafgesetz sich nicht auf den leeren Raum und die leere Zeit bezieht; wenn also die Herrschaft des Strafgesetzes nach Raum und Zeit abgegrenzt ist, so ist damit ohne weiteres gesagt, auf welche Personen sich das Gesetz bezieht. Aber es gibt doch auch noch Personen, welche eine Sonderstellung einnehmen. Der französische Schriftsteller Garraud fasst die Materie zusammen unter der Bezeichnung: „Application des lois criminelles par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent" (I., S. 266 No. 142). Es gibt Kriminalisten, welche auch heute noch den Ausdruck internationales Strafrecht als „völlig unzutreffend" bezeichnen.[7]) Es wird die An-

[7]) Vergl. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. und 17. Aufl. (1908), § 21, S. 100. Und in dem Werke: Die Kultur der Gegenwart, herausgegeben von Hinneberg (1906), Teil I, Abt. VIII, S. 214 findet v. Liszt, man spreche vom internationalen Strafrecht „in sehr unglücklicher und Missverständnisse geradezu heraufbeschwörender Weise"! Binding behandelt die Materie im Handbuch des Strafrechts I., S. 370 ff. unter dem Obertitel: „Das sachliche Geltungsgebiet des einzelnen Strafgesetzes, das sog. internationale Strafrecht". Im Texte bemerkt dieser



sicht aufgestellt, als ob ein internationales Strafrecht nur diejenigen Strafrechtssätze bilden könnten, die von der Völkerrechtsgemeinschaft erlassen seien; darunter fallen die Organisationen der internationalen Fluss- und Sanitätskommissionen und sodann die staatlichen Vereinbarungen über strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. *Die Parallele mit dem internationalen Privatrechte sollte doch die überzeugende Wirkung haben, dass die entwickelte Ansicht nicht richtig sein kann.* Der Name internationales Strafrecht bürgert sich denn auch allmählich ein.[8]) Dabei ist es richtig, dass einzelne hervorragende Internationalisten Englands und Amerikas die Materie des internationalen Strafrechts gemeinsam mit dem internationalen Privatrecht oder unter dem Obertitel „Conflict of laws" behandeln.[9])

Jurist dann, bei der Bezeichnung der Lehre vom örtlichen Geltungsgebiete der Strafgesetze übertrage man fälschlich die territoriale Grenze der inländischen Strafgerichte auf die jeder territorialen Begrenzung spottenden Strafgesetze. Taufe man aber die Disziplin mit dem Namen des internationalen Strafrechts, so wähle man eine nur symptomatische Bezeichnung, um anzudeuten, es sei heutzutage im Gegensatz zur ältesten Zeit bei jener Umgrenzung der Interessengemeinschaft der Kulturstaaten Rechnung zu tragen.

[8]) In dem von Hinneberg herausgegebenen Werke: Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abt. VIII, S. 452 bemerkt v. Martitz gewiss richtig, dass die Materie des internationalen Strafrechts dem internationalen Privatrecht zur Seite trete. Hugo Meyer erkennt in seinem Lehrbuche des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. (1895), § 20 (S. 114 Anm. 3) an, dass der Ausdruck internationales Strafrecht die internationale *Seite* der Lehre hervortreten zu lassen geeignet sei. In Aegypten besteht ein durch internationale Verständigung der Grossmächte zustande gekommenes Strafrecht (und ein Strafprozess).

[9]) Freilich findet Holland, The elements of jurisprudence, 9th ed. (1900) den Ausdruck „application of law" am geeignetsten (S. 405, übereinstimmend mit S. 397). R. C. Minor, Conflict of laws or private international law (Boston 1901) sucht für den ganzen Umkreis des internationalen Privatrechts, wie er es versteht, den Sitz der betreffenden Rechtsverhältnisse festzustellen (S. 6) und so geht er auch darauf über, den Sitz der Delikte (the situs of crimes) zu ergründen (S. 7 und 497—504).

Wohin gehört nun aber die Materie des internationalen Strafrechts sachlich? Welcher Charakter kommt ihm zu?

Vielfach wurde darüber gestritten, ob das internationale Strafrecht als ein Teil des internationalen Privatrechts, des internen Strafrechts, Prozessrechts oder als Völkerrecht anzusehen sei. Man kann von einem ganz allgemeinen Boden aus alle Gebiete des internationalen Privatrechts, — Prozessrechts und — Strafrechts unter dem Obergedanken verbinden, dass es sich um die rechtliche Behandlung des Individuums in einer fremden Rechtsordnung handle. Unter dieser Beleuchtung der Dinge wäre es *möglich*, alle aufgeführten Gebiete dem internationalen Privatrechte zu unterstellen. Diese Ansicht wird z. B. von Lainé vertreten.[10]) Allein dieser Jurist zieht die Grenzen der erwähnten Disziplin meines Erachtens viel zu weit und man kann doch wahrhaftig nicht sagen, dass das Strafrecht ein Teil des Privatrechts sei,[11]) auch dann nicht, wenn es sich um seine internationale Entfaltung handelt. Die Auffassung von Lainé ist denn auch von andern Juristen mit Grund angegriffen worden.[12]) *Es handelt sich im internationalen Strafrechte* (abgesehen von dem durch Staatsverträge eingeführten Rechte) *um internes materielles Strafrecht und jedenfalls zunächst nicht um Strafprozessrecht.* Das internationale Strafrecht hat es damit zu tun, festzustellen,

---

[10]) Vergl. Lainé, Introduction au droit international privé I., S. 13, 14 und 17.

[11]) Vergl. auch Binding, Handbuch I., S. 372, Note 5. Rohland, Das internationale Strafrecht I., S. 2 bemerkt, in das internationale Privatrecht gehöre das internationale Strafrecht ebensowenig hinein, als das Strafrecht in das Privatrecht. Die massgebenden Prinzipien der vorliegenden Materie ruhen auf ganz andern Gesichtspunkten, was auch Asser-Rivier, Eléments de droit international privé ou du conflit des lois (1884), S. 5, betont.

[12]) Vergl. Pasquale Fiore in seinem Werke L'autorità e l'applicazione delle leggi straniere secondo il diritto internazionale, 3a ed. (1888) I., S. 3. Und Despagnet, Cours de droit international public, 3e éd., (1905) S. 279, führt mit Bestimmtheit aus, dass man das internationale Strafrecht vom internationalen Privatrechte getrennt halten müsse.

welche Personen dem internen Strafrechte unterworfen sind und welche Rechtsgüter dadurch geschützt werden. [13]) Die strafrechtlichen Kollisionsnormen enthalten Bestimmungen über die dem internen Staate zukommende Strafgewalt, sei es gegenüber dem Inlande, sei es gegenüber dem Auslande.

Man hat auch gesagt, das internationale Strafrecht gehöre mehr in das Strafprozessrecht, [14]) allein ich kann dieser Ansicht nicht beipflichten; denn in erster Linie handelt es sich wie soeben gesagt, um die Entfaltung der Strafrechtshoheit nach innen und aussen. Daran ändert die Tatsache nichts, dass einzelne Gesetze die betreffenden Bestimmungen in das Strafprozessgesetz aufgenommen haben.

Vollends kann ich nicht anerkennen, dass die Materie unter das Völkerrecht falle. Freilich sagt z. B. v. Bar, die Grundlagen des internationalen (Privat- und) Strafrechts ge-

---

[13]) Nach den Ausführungen einzelner englischer Juristen wird die Materie zum substantive criminal law gerechnet. Affolter fasst die Frage der (zeitlichen und) örtlichen Anwendungsnormen unter den Oberbegriff des Rechts der Rechtsordnungen zusammen. Affolter weist diesem Rechte die Aufgabe zu, die Herrschaftsgebiete der zeitlich und örtlich verschiedenen Rechtsordnungen abzugrenzen. Danach erscheint dann (das internationale Privatrecht und ebenso) das internationale Strafrecht als ein spezieller Zweig des Rechts der Rechtsordnungen. Vergl. Affolters Werk, Das intertemporale Recht, Das Recht der zeitlich verschiedenen Rechtsordnungen I. Band, Das intertemporale Privatrecht I. Teil: Geschichte des intertemporalen Privatrechts (1902), S. 1 ff.

[14]) Wheaton macht in seinem Buche Eléments du droit international, 5e éd. I., S. 137 und 138, ein paar Bemerkungen über die Materie unter dem Titel Etendue du pouvoir judiciaire quant aux délits criminels. Vergl. dazu Lawrence, Commentaire sur les éléments du droit international IV., S. 335. Wharton behandelt die Fragen in seinem Buche Treatise on criminal law 10. Aufl. (1896), unter dem Titel Jurisdiction und Henry Wheaton, Eléments du droit international 5e éd. (1874) I., S. 137 und 138, fasst die Materie prozessualisch auf; denn er stellt die Fälle zusammen, in denen sich die Gerichtsgewalt des Staates auf die Verfolgung der Delikte bezieht. Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht S. 56 Note 5 führt aus, die Frage nach der Beurteilung der im Auslande verübten Verbrechen werde von der Gesetzgebung und Doktrin der romanischen Völker *mit viel grösserem Rechte* in das Strafprozessrecht gestellt.

hören dem Völkerrecht an, denn in Wahrheit handle es sich zunächst um Abgrenzung der Sphäre einer Souveränität gegenüber der Sphäre einer andern.[15]) Allerdings kann nicht verkannt werden, dass das internationale Strafrecht viele Beziehungen zum Völkerrechte hat. Auch ist es wahr, dass es zunächst Sache des Völkerrechts ist, zu bestimmen, wie weit die Staatsgewalt extraterritorial reiche und inwieweit der Staat Territorial- und inwieweit er Personalverband sei. Ferner lässt sich sagen, dass sich das Völkerrecht nicht nach dem Objekte, sondern nach seiner Quelle abgrenze. Sobald man diesen Gesichtspunkt festhält, muss man allerdings die Gebiete des internationalen Privatrechts, -Zivilprozessrechtes, -Konkursrechts -Strafrechts, und -Strafprozessrechts auch zum Völkerrechte zählen. Indessen ist es doch weit richtiger, dies nicht zu tun, denn in erster Linie handelt es sich um die Entfaltung der internen Staatsgewalt in den verschiedenen Richtungen, welche die Stellung der Privaten im Zivilrechte, Strafrechte, Prozessrechte und Konkursrechte berühren. Der interne Staat schliesst sich hier eng an die in der Wissenschaft bekannten Schemata an in einer Weise, dass das Völkerrecht in der Regel nicht verletzt und dass der von ihm aufgestellte oder aufzustellende Massstab für die Beziehungen unter den Staaten respektiert wird. Das Völkerrecht bildet daher hier nur *eine ganz allgemeine Schranke,* wieweit die Staaten gehen dürfen, es bietet aber nicht *die einzelnen Sätze* dar, welche für die interne Ordnung der von Privaten verübten Handlungen entscheiden.[16]) Wenn man nun auch

---

[15]) Vergl. v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, S. 4.

[16]) Die Literatur des Völkerrechts hat sich denn auch mit den hier auftauchenden Fragen nie eingehend beschäftigt, vollends ist von einer methodischen Behandlung derselben durch jene Disziplin keine Rede. Von den modernen Völkerrechtsschriftstellern ist es, so viel ich sehe, einzig Fr. Despagnet, der in seinem Cours de droit international public, 3e éd. S. 279 — 311 auf Details eintritt. Seine Haupterörterung

sagen muss, dass bei der Unterstellung der Delikte der Privaten unter das Strafrecht völkerrechtliche Gesichtspunkte mitreden, so handelt es sich doch dabei ganz wesentlich um internes Strafrecht, um eine interne Rechtsquelle, die allerdings auch gegen aussen Bedeutung erlangen kann. In diesem Sinne ist also zu sagen, es gehe nicht an, das internationale Strafrecht in das Völkerrecht hineinzuziehen. [17])

An das internationale Strafrecht schliesst sich das *internationale Strafprozessrecht* an. Dabei handeit es sich abgesehen *vom Auslieferungsrechte* darum, festzustellen:

1. wie weit die interne Strafkompetenz auf die im Inland und im Ausland begangenen Delikte reiche,
2. die Ladungen in das Ausland,
3. die strafrechtliche Delikt- und Straffähigkeit,
4. die rechtliche Wirkung der im Auslande erhobenen Beweise,
5. die Ordnung der Rechtshilfe,
6. die Anerkennung ausländischer Strafurteile im internen Staate.

Die Zusammenfassung der erwähnten Fragen unter dem Taufnamen des internationalen Strafprozessrechts ist entschieden am richtigsten, zumal damit der Ausdruck auch

---

bezieht sich aber auf die Auslieferung (S. 312—352). Mérignhac, Traité de droit international I. (1905), S. 282—284 beschränkt sich auf ein paar Bemerkungen, dagegen behandelt auch er das Auslieferungsrecht eingehend II., S. 732—788. Auch Heffter-Geffcken, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart (8. Ausg. 1888), ist sehr kurz auf die „Strafrechtspflege" im gegenseitigen Verkehr der Staaten untereinander eingetreten.

[17]) In dieser Weise sprach sich auch v. Rohland, Das internationale Strafrecht I., S. 2 und Binding, Handbuch des Strafrechts I., S. 371 und 372 aus. Vareilles-Sommières, La synthèse du droit international privé (1897) I., Préface S. XXXVII—XXXIX, sagt freilich, dass die Fragen des internationalen Strafrechts methodisch zum internationalen Privatrecht, zum Völkerrecht und zum Strafrecht gehören! Dieser Verfasser findet überhaupt die ganze Materie des internationalen Rechts sei eine Frage der Souveränität.

mit der eingebürgerten Nomenklatur im internationalen Zivil- und Zivilprozessrecht harmoniert. Die Bezeichnung der Materie durch andere Juristen scheint mir jedenfalls eher schwerfällig zu sein. Dies trifft zu, wenn man vom örtlichen Geltungsgebiet des Strafrechts spricht, [18]) oder wenn man sie unter den Quellen in ihrem persönlichen Geltungsgebiete erwähnt. [19]) Das internationale Strafprozessrecht ist materiell wenig eingehend behandelt worden. [20])

Was *die methodische Gruppierung des internationalen Strafprozessrechts* anbetrifft, so verbinden einzelne Juristen die Frage mit dem internen Strafprozessrechte und schieben dann einige Bemerkungen über die internationale Seite der Sache ein. v. Bar behandelt in seinem Werke Das inter-

---

[18]) Dies tut A. v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts (1892), S. 78. Bennecke und Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechtes (1900), S. 23 Note 9, führen aus, der Name internationales Prozessrecht sei für die Lehre, die sich mit der Stellung des deutschen Prozessrechts zu dem des Auslandes beschäftige, nicht passend und sie behandeln die Materie unter dem Titel: Das räumliche Herrschaftsgebiet der Reichsstrafprozessgesetze.

[19]) Vergl. Binding, Grundriss des deutschen Strafprozessrechts, 4. Aufl. (1900). Er bespricht unter dem Titel „Die Quellen und ihr Geltungsgebiet" in § 17 die Quellen in ihrem *persönlichen* Geltungsgebiete und stellt sie in § 18 denjenigen in ihrem zeitlichen Geltungsgebiete gegenüber.

[20]) Vergl. neben den schon zitierten Schriften von v. Kries, Bennecke-Beling und Binding auch noch Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preussischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprozessrechts (Berlin 1898), z. B. S. 286, sodann Löwe, Die Strafprozessordnung für das deutsche Reich nebst den Gerichtsverfassungsgesetzen und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze, 12. Aufl. von Hellweg (1907). In der Darstellung des Strafprozessrechts durch v. Lilienthal in der von Birkmeyer herausgegebenen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 2. Aufl. wird das internationale Strafrecht nicht behandelt. In dieser Enzyklopädie wird das internationale Privatrecht überhaupt ignoriert, — *man muss namentlich auch die jungen Juristen von einer so aktuellen Materie möglichst fernhalten!*

nationale Privat- und Strafrecht (1862) unter dem Obertitel des Strafprozessrechts:

1. die prozessualen Fragen (S. 577—581). Es wird eine Darstellung gebracht über die Beweisaufnahme im Auslande, die Ladungen und die Strafurteile,
2. die Auslieferung (S. 582—606).

Das internationale Strafprozessrecht ist der Komplex der Normen und Rechtsregeln, welche sich daraus ergeben, dass die Verfolgung gerichtlicher Handlungen unter die Herrschaft von Strafprozessordnungen mehrerer politisch von einander unabhängiger Staaten fällt oder zu fallen scheint. Ganz ähnlich, wie sich das internationale Zivilprozessrecht an das internationale Zivilrecht anschliesst, so reiht sich auch das internationale Strafprozessrecht an das internationale Strafrecht an.[21]) Es handelt sich hier darum, das Ineinandergreifen der verschiedenartigen Strafprozessordnungen auf dem internationalen Boden zu besprechen. Dabei treten in einzelnen Richtungen juristische Analogien hervor mit dem internationalen Zivilprozessrecht.[22])

Gegenüber den kurz geschilderten Dissonanzen der Doktrin möchte ich betonen, dass die Fragen, die auf dem inter-

---

[21]) Vergl. v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen I., S. 428 und 429.

[22]) Man kann auch von einem interstaatlichen oder interkantonalen und interkolonialen (Strafrechte und) Strafprozessrechte sprechen. Die Rechtsfragen, welche in bundesstaatlichen Verhältnissen zu entscheiden sind, nehmen häufig eine andere Färbung an als diejenigen im internationalen Verkehre, und man darf nicht glauben, dass die Lösungen in dem einen Gebiete unbedingt auch für das andere gelten. Mit der Zeit werden sich zweifellos auch einzelne Sätze des interkolonialen Strafprozessrechts herausbilden, — ganz besonders auch hinsichtlich der Auslieferung. Vergl. hiezu Fleischmann, Die Verpflichtung zur Auslieferung aus den Kolonien seitens der Kolonialstaaten untereinander in den Verhandlungen des deutschen Kolonialkongresses (1905), S. 329—342, und E. Catellani, L'assistenza intercoloniale dal punto di vista del mantenimento dell' ordine in Rivista coloniale, Juli-Aug. Heft 1907.

nationalen Gebiete auf Grund der Tätigkeit der Privaten auftreten, am richtigsten als *eine selbständige Disziplin* aufgefasst werden.[23]) Dies gilt auch vom internationalen Sfrafrechte und -Strafprozessrechte. *Nur dann, wenn die Materie selbständig behandelt wird, wird es auch gelingen, einen kosmopolitischen Standpunkt einzunehmen, und dies ist vor allem nötig.* Der Gegenstand des internationalen Strafrechts muss aus der Enge partikulären Denkens in die Höhe universalistischer Betrachtung hinaufgehoben werden. Es genügt nicht, dass die Lehrbücher über Strafrecht und Strafprozess in einigen wenigen Paragraphen über die vorliegende Materie sich vom partikulären Rechtsstandpunkte aus verbreiten. *Der Stoff ist universalistisch anzugreifen und selbständig darzustellen.* Nur eine zusammenfassende und separate Behandlung kann ihm gerecht werden und nur sie sichert, wie mir scheint, der Lehre einen wirklichen Fortschritt. Die Doktrin des internationalen Strafrechts ist während langer Zeit verkümmert namentlich auch deswegen, weil sie eines regulären Sitzes entbehrte.[24]) *Und dieser Sitz muss neu erobert werden.*[25])

---

[23]) Ich verweise hier auf meine Abhandlung: Die Zukunft des internationalen Privat- und Strafrechts in Z. für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht I., S. 113, spez. 154—158.

[24]) Vergl. dazu meine Schrift: Bartolus als Haupt der ersten Schule des internationalen Strafrechts (Zürich 1908), und die weitere Schrift: Die hauptsächlichsten Entwickelungsperioden des internationalen Strafrechts seit der mittelalterlich-italienischen Doktrin (Zürich 1908).

[25]) Ursprünglich lehnte sich die Theorie an l. 1. C. ubi de criminibus agi oportet 3,15 und später an l. 1. C. de summa trinitate 1, 1. an. Argentraeus benützte den Titel „Des justices“ der Coutume de Bretagne zu einigen Bemerkungen. Im Jahre 1813 wurden im Patent zur Verkündigung des allgemeinen bayrischen Strafgesetzbuches Bestimmungen erlassen und Sachsen-Altenburg enthält im Grundgesetze von 1831 Normen. Später stellte man, wahrscheinlich beeinflusst durch die Schrift von Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen (1853), *einzelne* Bestimmungen in den Anfang der Strafgesetzbücher (im Gegensatz zu dem französischen Vorgehen). In Frankreich stehen die strafrechtlichen Kollisionsnormen im Code d'instruction criminelle.

Gegenwärtig verzettelt die Wissenschaft die Materie, indem sie Bruchstücke davon im Strafrechte, Strafprozessrechte, Staatsrecht und Völkerrecht bringt. *Wäre es nicht zutreffender, die Fragen in einem Gesamtbilde zu vereinigen?* Die Antwort dürfte nicht schwierig sein.

Zweiter Teil.

Die in der modernen Wissenschaft des internationalen Strafrechts aufgestellten Prinzipien.

In früheren Jahrhunderten wurden die Fragen, welche mit dem internationalen Strafrechte und Strafprozessrechte auftraten, an die collisio statutorum angeknüpft, und es ist geradezu staunenswert, welche Fülle von Einzelausführungen herausgearbeitet worden ist — ich brauche nur an den Stern von Bartolus zu erinnern, dessen Licht lange geleuchtet hat, und an die spätern Episoden dieser Spezialgeschichte.[1]) Wäre im Geiste der früheren Juristen weiter gehandelt worden, würden wir heute in Doktrin und Gesetzgebung viel höher stehen.

Gegenwärtig liegen wir im Banne grosser Prinzipien! Mit einer Art von Leidenschaft hat die Wissenschaft nach der Aufstellung von Axiomata gerungen, und der Streit dreht sich heute ganz besonders auch darum, welchem der Prinzipien die interne Gesetzgebung zu huldigen habe.

Die Prinzipien, die hier herrschen sollen, sind aber umstritten.[2]) Und hier liegt denn auch der Grund, dass über

---

[1]) Ich verweise auf meine Schrift Bartolus als Haupt der ersten Schule des internationalen Strafrechts (Zürich 1908) und auf meine andere Schrift Die hauptsächlichsten Entwickelungsperioden des internationalen Strafrechts seit der mittelalterlich-italienischen Doktrin.

[2]) Eine Kritik der verschiedenen Theorien liefert v. Rohland in der Schrift Das internationale Strafrecht I. Abt. Ferner ist auf die Werke von v. Bar zu verweisen und speziell auch auf das neue Buch dieses Verfassers:

die Ziele und Aufgaben, welche der Disziplin obliegen, vielfache Divergenzen bestehen. Es ist deswegen nötig, die massgebenden Prinzipien hier kurz vorzuführen.

Am plausibelsten erscheint das *Territorialitätsprinzip:* es ruht auf dem Satze, dass die Strafgewalt eines Staates so weit reiche, als sein Territorium reicht, weiter aber nicht. Ist damit die Befugnis zu strafen unter den einzelnen Staaten kurz, nervose und deutlich abgegrenzt? Dies scheint so, allein davon ist in Wahrheit keine Rede.[3])

Nach dem angegebenen Axiom ist der interne Staat strafberechtigt, wenn ein Verbrechen auf seinem Gebiet ausgeführt wird, gleichviel ob es von einem Ausländer, der zeitweise sich darin aufhält, oder ob es von einem dauernden Untertan ausging, und gleichviel, ob das Delikt gegen das Inland oder das Ausland gerichtet war. Dieses Prinzip enthält also eine räumliche Umgrenzung der delinquierenden Personen. Für das interne Strafrecht ist entscheidend die Anwesenheit oder Nichtanwesenheit des Verbrechers in dem internen Staatsgebiete zurzeit seiner Tat. Jede Rücksichtnahme auf die Staatsangehörigkeit des Verbrechers und auf das Objekt des Angriffs ist ausgeschlossen. Gestützt wird das vorliegende Prinzip auf die Souveränität des Staates, indem gesagt wird, diese sei exklusiv: der Staat ist auf seinem Gebiete allein Meister und nur, was er als Gesetz aufstellt, kann auf seinem Territorium als solches gelten. An diese

---

Gesetz und Schuld im Strafrecht (Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform) I. (1906) S. 99 ff. Die Schrift von A. Hegler, Prinzipien des internationalen Strafrechts ist schon früher zitiert worden.

[3]) Bezüglich der Würdigung des Territorialitätsprinzips vergl. auch v. Martitz I., S. 43. Finger, Das Strafrecht (1894), S. 89 bemerkt, das Territorialitätsprinzip könnte als halbwegs annehmbar nur dann erscheinen, wenn *eine viel weitergehende Uebereinstimmung* in den Grundanschauungen der Strafgesetze der einzelnen Staaten vorhanden wäre, als dies tatsächlich der Fall sei. In gleicher Weise spricht sich Finger im Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1904) I., S. 161 aus.

Argumentation wird weiter der Satz angereiht, dass jeder Staat gleichberechtigt sei und dass daher keiner die Geltung der Gesetze über seine Grenzen hinaus verlangen könne — im Territorium gelten sie absolut und ausserhalb desselben absolut nicht. Nach dieser Auffassung würde jedes andere Vorgehen eine Verletzung der internen Souveränität oder einen Eingriff in die Souveränität eines andern Staates enthalten. Die praktische Bedeutung des Territorialitätsprinzipes ist die, dass keine andern strafbaren Handlungen verfolgt werden dürfen als diejenigen, welche im Inlande begangen werden. Dabei würde immerhin die Frage noch offen sein, was als Ort des Verbrechens anzusehen sei (Ort der körperlichen Tat, Ort des Zwischen- oder Enderfolges, sowohl jener als dieser).

Nun ist freilich schon lange erkannt worden, dass die Folgen des Territorialitätssystems bedenklich sind. Ein Inländer, der im Auslande ein Verbrechen begeht, ist danach straflos, wenn er das Talent besitzt, in seinen Heimatstaat oder in einen andern beliebigen Staat zu entrinnen. Und dieses Talent braucht nicht bedeutend zu sein, wenn es sich z. B. um ein auf einem Grenzgebiete verübtes Verbrechen handelt. Aber auch sonst gewinnen ja die Verbrecher mit den modernen Eisenbahnschnellzügen einen grossen Vorsprung. Das Territorialitätssystem ignoriert sodann die Tatsache, dass Verbrechen auch möglich sind ausserhalb eines Staatsgebietes, wie z. B. in Wüsten oder in Territorien ohne Staatsgewalt, auf dem offenen Meere, von der durch die moderne Luftschiffahrt neu eröffneten Möglichkeit hier gar nicht zu reden! Manchmal ist es auch nicht ganz einfach, festzustellen, auf welchem Gebiete ein Verbrechen begangen wurde, z. B. bei Verbrechen in Eisenbahnwagen, ferner auf Grenzgebieten, zumal wenn die Grenzen nicht ganz sicher oder wenn sie streitig sind. Die logische Konsequenz würde hier dazu führen, zu sagen: das staatsrechtliche Eigentum

oder die Souveränität an einem Territorium ist nicht sicher, also ist keine strafrechtliche Norm verletzt und deswegen auch kein Strafrechtsanspruch entstanden! Eventuell müsste vorher der Eigentumsstreit entschieden werden.[4])

Angesichts der verschiedenen Unzukömmlichkeiten, welche mit dem Territorialitätsprinzip verknüpft sind, wurden daran mehrfach Modifikationen angebracht. Man hat gesagt, es sei allerdings dann nicht richtig, wenn die eigenen Untertanen im Auslande Verbrechen begehen, oder wenn sie im Inlande gegen das Ausland delinquieren. In diesen Fällen müssten sie an den ausländischen Staat ausgeliefert werden. Diese Auffassung ruht auf der Erwägung, dass der betreffende Staat zwar kein Recht habe, gegen einen Ausländer vorzugehen, weil sein territoriales Strafrecht nicht verletzt wurde. Dagegen liege ihm ob, wurde weiter gesagt, dem andern Staat die Ausübung seines Strafrechts durch die Auslieferung zu sichern. Allein hiergegen ist folgendes zu sagen. Damit würde ein Grundsatz verworfen, der vorläufig noch sehr häufig respektiert wird: es würden unter Umständen die eigenen Angehörigen ausgeliefert. Abgesehen davon stünde noch nicht fest, an wen die Auslieferung zu erfolgen hätte, weil manchmal der Ort der Handlung nicht klar ist und weil Verbrechen auch ausserhalb des Staatsgebietes vorgenommen werden können. Vielleicht wird aber die Auslieferung gar nicht verlangt oder die angebotene nicht angenommen. Da nun die eigenen Untertanen der Regel nach auf administrativem Wege nicht ausgewiesen werden können, müsste

---

[4]) Ein interessantes Beispiel liefert der Ort Neutral Moresnet, in welchem heute noch eine Ungewissheit über den Träger der ausschliesslichen Gebietshoheit herrscht. Das deutsche Reichsgericht spricht hier von einem staatsrechtlichen Zwittergebilde, das bis zum endgültigen Austrag der widerstreitenden Gebietsansprüche für jeden beteiligten Staat (Deutschland und Belgien) weder zum eigentlichen Inland noch zum eigentlichen Ausland gehöre (Strafs. 38, S. 289—303).

danach der interne Staat den Verbrecher in seinem Lande dulden, ohne die Bestrafung herbeiführen zu können.

Nun ist allerdings geltend gemacht worden, der interne Staat sei nicht bloss dann strafberechtigt, wenn im Inlande Delikte von Inländern oder Ausländern begangen worden, sondern auch dann, wenn dies geschieht durch die eigenen Staatsangehörigen im Auslande. Man spricht hier vom *aktiven Personalitätsprinzip* oder vom *Subditions-* und *Subjektions-* oder *strafrechtlichen Nationalitätsprinzip.* Vom Standpunkte dieses Grundsatzes aus reicht das Geltungsgebiet der inländischen Strafgesetze überall hin, wo sich Inländer befinden. Die Staatsangehörigkeit ist die Basis dieser Ausweitung. Während also das Territorialitätsprinzip eine Umgrenzung nach dem Raume enthält, enthält das aktive Personalitätsprinzip eine solche neben dem Territorium auch nach der Staatsangehörigkeit. Man hat dieses neue Prinzip damit zu rechtfertigen gesucht, dass man den Strafgesetzen die Qualität von Personalstatuten beilegte, welche den Menschen überallhin begleiten, allein damit ist ja der Satz nicht vereinbar, dass die Fremden in unserem Staate ohne weiteres unserm Strafgesetze unterworfen sind.[5]) Ferner wurde betont, der interne Staat, der die strafbaren Handlungen bezeichnet, erkläre damit auch, dass er sie als unbürgerlich ansehe, die mit der Eigenschaft eines Staatsbürgers unverträglich seien. Wenn nun jemand, trotz seines Aufenthaltes im Auslande, die Eigenschaft eines internen Staatsbürgers

---

[5]) Vergl. dazu Garraud I., Nr. 156, S. 302 und Billot, Traité de l'extradition (1874), S. 25. Für das primitive Strafrecht passt der Ausdruck Territorialprinzip nicht, weil es nur bestand zugunsten der Volksgenossen und der Fremde kein Verbrechen begehen, sondern nur sich feindselig benehmen konnte. Weit näher steht der ursprünglichen Auffassung das Personalitätsprinzip: der Volksgenosse darf seinen Volksgenossen auch im Auslande nicht töten oder berauben. Vergl. J. Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwickelungsgeschichtlicher Grundlage (1906), S. 281 und 282.

nicht aufgebe, so dürfe er auch keine Handlungen vornehmen, welche damit in Widerspruch stehen, also auch im Auslande nichts tun, was das Inland als eine Schändung der bürgerlichen Ehre auffasse.[6])

Es wurde weiter die Theorie *des Realprinzips* geltend gemacht. Danach stellt die interne Gesetzgebung die Verletzung und Gefährdung bestimmter interner Rechtsgüter unter Strafe, gleichgültig von wem (von einem Inländer oder Ausländer) und wo sie vorgenommen werden. Man spricht hier auch vom Prinzip der *beteiligten Rechtsordnung* oder vom *Schutzprinzip* oder, wenn speziell das Rechtsgut eines Inländers verletzt wird, vom *passiven Personalitätsprinzip*. Der interne Staat sieht sich danach als strafberechtigt an bei allen Angriffen auf seine Rechtsgüter, und durch dieses Prinzip sollen die Lücken des Territorialitäts- und Subditionsprinzips ausgefüllt werden. Eine weitere Ausgestaltung des Schutzprinzips ist neuestens noch versucht worden, und zwar vom Boden der zu schützenden Interessen aus. [7])

Neben den erwähnten Prinzipien wurde auch noch *eine kosmopolitische Auffassung* geltend gemacht, die darin besteht, dass das interne Strafrecht immer dann eintritt, wenn es sich um Verbrechen handelt, welche bei allen zivilisierten Völkern als solche angesehen werden (delicta naturalia oder juris gentium, wie Mord, Raub, Diebstahl). Wenn man hier auch nicht auf Hugo Grotius zurückgehen will,[8]) so kann man sich doch mit Bestimmtheit auf R. v. Mohl berufen: [9]) er entwickelte

---

[6]) Vergl. dazu Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen, S. 126 und 127.

[7]) Vergl. Hegler, Prinzipien des internationalen Strafrechts, S. 31, 200.

[8]) Vergl. dazu meine Schrift, die hauptsächlichsten Entwickelungsperioden des internationalen Strafrechts seit der mittelalterlich-italienischen Doktrin, S. 17 und 24.

[9]) Vergl. R. v. Mohl, Die völkerrechtliche Lehre vom Asylrecht in Staatsrecht, Völkerrecht und Politik I. (1860), S. 684, 712, 715.

den Gedanken, es handle sich bei einer grossen Gruppe von Strafrechtsnormen um die Sanktion von Sätzen, die in der rechtlichen Ueberzeugung aller Menschen auch ohne Kenntnis der Gesetzestexte feststehen. Immerhin wollte schon v. Mohl die erwähnte Strafuniversalität auf ein verständiges und erträgliches Mass beschränken, und er bezeichnete die Aufgabe seines mittlern Systems folgendermassen. Bei wesentlicher Annahme des kosmopolitischen Grundsatzes seien diejenigen Folgerungen desselben zu beseitigen, welche dem sie durchführenden Staate allzugrosse Opfer oder nicht wohl zu überwindende Verlegenheiten bringen. Als Nachteile einer starren Durchführung des kosmopolitischen Systems bezeichnete v. Mohl die Uebernahme vielfacher und weitläufiger Vorbeugungsmassregeln und gerichtlicher Verfahren, sodann die unerfüllbaren und unbilligen Forderungen fremder Staaten und endlich die Notwendigkeit, über fremde zweifelhafte Staatshändel eine bindende Ansicht auszusprechen. Infolge dieser Zweckmässigkeitsgründe wollte v. Mohl das an sich prinzipiell begründete Strafrecht doch in einzelnen Fällen nicht geltend machen. In neuerer Zeit ist wieder energisch auf die universelle Bedeutung einzelner Strafrechtsnormen hingewiesen worden; namentlich geschah es in der Schrift von Heinze.[10]) Dieser Jurist führte aus, man sei durch theoretische Erwägungen wie durch das praktische Bedürfnis genötigt, nach andern als den partikulären Momenten zu suchen, um den Umfang der Strafgewalt des einzelnen Staates richtig zu bestimmen. Es liege im Berufe jedes Einzelstaates, die allgemeinen Forderungen der Zivilisation, wie sie über die ganze zivilisierte Welt gleichmässig gelten, zu unterstützen, also die Normen, die jeden zivilisierten Menschen binden, gleichviel, wo er sich aufhält, zu handhaben, soweit es in

---

[10]) Vergl. Heinze, Universelle und partikuläre Strafrechtspflege (1896).

seinen Kräften steht, wenn er Gelegenheit dazu findet; denn die Zivilisation sei ein Gemeingut.

Während in den kontinental europäischen Staaten zum Teil das aktive und passive Personalitätsprinzip anerkannt und zum Teil von weltrechtlichen Ideen ausgegangen wird, steht die *englische Rechtstheorie* auf dem Boden des *Territorialitätsprinzips*. Nun ist freilich zu beachten, dass eine Reihe von Verbrechen, die im Auslande von Engländern begangen werden, doch dem englischen Rechte unterstellt werden, wenn auf die „natural allegiance" hingewiesen werden kann. Dies trifft bei folgenden Verbrechen britischer Untertanen zu: [11])

1. Hochverrat;
2. Hehlerei im Falle von Hochverrat;
3. die Tötungsdelikte;
4. Bigamie;
5. gewisse Vorbereitungshandlungen zu dem widerrechtlichen Gebrauch von Sprengstoffen;
6. Vergehen gegen die Person (Offences against the Person Act § 9 und 27);
7. alle Verbrechen, welche von einem britischen Untertan auf einem britischen Schiff oder auf einem nichtbritischen Schiff, zu dessen Mannschaft er nicht gehört, begangen werden (Merchant shipping Act 1867 § 11);
8. Verbrechen gegen die Person und gegen das Vermögen, welche von dem Schiffer oder einem Mitglied der Mannschaft eines britischen Schiffes während seiner Zugehörigkeit zu diesem Schiffe oder spätestens drei Monate nachher begangen werden (Merchant shipping Act 1854 § 267).

---

[11]) Vergl. Schuster in dem von v. Liszt herausgegebenen Werke, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung I. S. 619.

Die englische Gesetzessprache liebt es, in diesen Fällen mit einer Fiktion zu operieren: das Delikt sei für die Begehung im Auslande so anzusehen, als ob es im Inlande begangen wäre. *Damit wird aber das Territorialitätsprinzip in Wahrheit verlassen und das aktive Personalitätsprinzip adoptiert.* Dagegen verwirft das englische Recht die Bestrafung des Ausländers wegen eines im Auslande begangenen Deliktes: der Gesichtspunkt der natural allegiance versagt hier.

Die Vereinigten Staaten von Nordamerika stehen durchaus und konsequent auf dem Boden der Territorialität des Strafgesetzes.[12]) Nordamerika übernahm dieses Prinzip als eine Art kolonialen Frachtguts aus England. Die andern Emigranten, die nicht Engländer waren, sahen freilich ihr angestammtes Recht auch als mit ihnen verbunden an, indessen ist es eine bekannte Tatsache, dass die verschiedenen Völkerelemente sich in Nordamerika leicht amalgamieren, so dass das englische Recht bald dominiert. Immerhin ist hinzuzufügen, dass die nordamerikanische Praxis dem Territorialitätsprinzip insofern nachhilft, als sie vermöge einer juristischen Konstruktion annimmt, der Delinquent sei in einem bestimmten Staate anwesend, sogar wenn er seinen Fuss nie dorthin gesetzt hat: er gilt dann als „constructively present" an dem Orte, an welchem das Delikt begangen wird.[13]) Die Vereinigten Staaten von Nordamerika gingen in der extraterritorialen Bestrafung der Staatsangehörigen lange nicht so weit

---

[12]) Vergl. Story, Commentaries on the conflict of laws, 8th ed., § 620 ff. Wharton, Conflict of laws, 2th ed. (1881) § 810 ff. Wharton, Treatise on criminal law (10th ed. 1896) § 252—294; § 1782; § 1860 ff.; § 1899 und J. B. Moore, Report on extraterritorial crime and the Cutting case (Washington 1887). Ueber die letztere Schrift ist zu vergleichen A. Rolin, L'affaire Cutting, Conflit entre les Etats-Unis de l'Amérique du Nord et le Mexique en 1886 in Rev. de dr. int. (1888) XX., S. 559—577. Endlich ist aufmerksam zu machen auf die Abhandlung von Hintrager in Z. f. int. Pr.- u. Str.-R. IX., S. 61.

[13]) Vergl. Minor a. a. O., S. 497 und 499.

wie England, und Moore betont mit aller Schärfe, dass dort das aktive und passive Personalitätsprinzip niemals anerkannt worden sei.[14]) Nun kommt aber weiter in Betracht, dass einzelne Staaten der nordamerikanischen Union eine Reihe von Delikten, die amerikanische Bürger im Auslande begehen, unter ihr Strafrecht stellen, sodass dadurch das Territorialitätsprinzip erschüttert wird. Man nimmt dabei, um das Prinzip aufrecht zu erhalten, Zuflucht zu der Theorie des agere in fraudem legis domesticæ. In dieser Beziehung ist namentlich auf das Strafgesetzbuch von New-York hinzuweisen.

Die Frage liegt nahe, wie weit wir im Grunde mit den in der Theorie aufgestellten Prinzipien gekommen sind und was wir denn eigentlich damit erreicht haben. Die wahre Aufgabe der Doktrin erschöpft sich sicherlich nicht darin, allgemeine Axiomata aufzustellen, und ebensowenig genügt es, wenn die *partikuläre Gesetzgebung* Normen erlässt, um den Wirkungskreis der internen Strafgesetze festzustellen — hier so wenig wie im internationalen Zivilrechte. Vielmehr ist unter Wahrung der bestehenden völkerrechtlichen Auffassungen auf dem Wege der Verständigung zu bestimmen, welche Herrschaft den einzelnen Strafvorschriften auf einer grössern Fläche zukommen soll. *Dabei können und sollen speziell die für das heutige internationale Leben wünschbaren Zweckmässigkeitsgründe Beachtung finden.* Die Schwärmerei für bloss interne Axiomata und das beständige Grübeln um Formeln ist aufzugeben. Mit der blossen Aufstellung von Grundsätzen durch Einzelstaaten erfüllen wir unsere Pflicht

---

[14]) Vergl. Moore, Report, S. 67. Er beruft sich dabei auch auf den berühmten Juristen Story. — Ein nordamerikanischer Richter sprach (26. September 1904) aus, *dass er internationales Recht nicht anerkenne:* es handelte sich um die Verhaftung eines Angestellten des englischen Gesandten („St. Louis Republic" vom 27. September 1904). Ich machte in meiner Rede am juristischen Weltkongresse in St. Louis darauf ganz beiläufig aufmerksam, worauf J. Brewer, Mitglied des Supreme Court, erwiderte: It was a *local* judge!

nicht: sie wollen Kollisionen vermeiden und was ist ihr Effekt? Sie begründen sie und so werden sie gerade das, was sie nicht sein sollen. Ganz so ging es und geht es bekanntlich auch auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts.

Die partikulären Gesetzgebungen haben nun in der Tat Kollisionsnormen erlassen, so dass sich das heute geltende positive Recht darin auflöst.[15])

Was die weitere *doktrinelle* Behandlung des internationalen Strafrechts und Strafprozesses anbetrifft, so muss meiner Ansicht nach ein Anschluss an ein ähnliches System gefunden werden, das beim internationalen Privatrechte beobachtet wird. Damit will ich sagen, dass die Einzelfragen in ein System gebracht werden müssen, welches demjenigen des internen Rechts am nächsten kommt — es geht nicht an, nur einzelne Details herauszugreifen und der Darstellung des internen Rechts anzuhängen.

---

[15]) Vergl. dazu die Uebersicht der heute bestehenden Gesetze in meiner Schrift, Die hauptsächlichsten Entwicklungperioden des internationalen Strafrechts seit der mittelalterlich-italienischen Doktrin (Zürich 1908), S. 97 ff.

Dritter Teil.

Der Weg zur Lösung der heutigen Aufgaben.

Aehnlich wie im internationalen Privatrechte ist auch im internationalen Strafrechte der Gedanke geäussert worden, es sollte ein einheitliches Weltrecht geschaffen werden.[1] Es wäre freilich nicht allzu schwierig, z. B. unter den Staaten Europas, ja der ganzen zivilisierten Welt zutreffende einheitliche Strafrechtsprinzipien aufzustellen: so angenähert haben sich im Laufe der Jahrhunderte die Ideen im Strafrecht und so gleichartig sind die präventiven und repressiven Bedürfnisse der Ordnung in diesem Gebiete. Dagegen bestehen erhebliche Divergenzen, die sich aus der Verschiedenheit der Anschauungen und der historischen Entwicklung ergeben. Man denke hier an das kontinental-europäische Strafrecht im Gegensatz zu demjenigen des englisch-amerikanischen Rechtskreises — der ganze Aufbau ist gründlich verschieden.[2] Aber gesetzt, man würde sich auch über die massgebenden Prinzipien einigen können, so ist zu beachten, dass die verschiedenen Strafensysteme nicht gleich sind. Aehnlich wie im Privatrecht ist auch im Strafrecht zu sagen, dass eine direkte weltrechtliche Unifikation zurzeit ausgeschlossen ist, abgesehen von *einzelnen* Spezialmaterien, — ich erinnere hier an die

[1]) Vergl. van Swinderen, L'unification du droit pénal positif in Revue de dr. intern. XXIX., S. 286—289.

[2]) Eine kasuistische Probe kann jeder machen, auch wenn er sich beschränkt auf eine Prüfung der Einteilungen der Verbrechensarten, wie sie beispielsweise in dem Werke von Wharton, Treatise on criminal law 10. Aufl., Phil. (1896), zu finden ist.

Weltanstalten des Verkehrs. Weit wichtiger und befriedigender ist die Fixierung von Rechtsgrundsätzen über das, was man internationales Strafrecht und -Strafprozessrecht nennt.

Es wurden denn auch verschiedene Anstrengungen gemacht, um eine Unifikation des internationalen Strafrechts herbeizuführen, soweit es sich um die Kollisionsrechtssätze handelt. Es bestehen darüber *private* Bemühungen, die zunächst ausgingen von A. de Domin Petruschevecz. [3])

Der nordamerikanische Jurist Dudley Field nahm in sein bekanntes Werk einige Artikel auf über folgende Fragen: [4])

1. das Asyl (Art. 205—209),
2. die Auslieferung (Art. 210—246),
3. die Gerichtshoheit in Strafsachen (Art. 641—650),
4. die internationalen Delikte (Art. 998—1004).

Auch das *Institut de droit international* beschäftigte sich mit dem internationalen Strafrecht und es stellte darüber eingehende Konklusionen auf. Brocher publizierte ein detailliertes Referat. [5])

Im Auftrage der ständigen Deputation des *deutschen Juristentages* arbeitete v. Liszt ein Gutachten aus über die

---

[3]) Der erwähnte österreichische Jurist behandelt in seiner Schrift Précis d'un code de droit international (1861) S. 95 die vorliegende Materie freilich sehr kurz. Es kommt in dieser Beziehung ein einziger Artikel in Frage, nämlich Art. CCXIX. Es figuriert im Buche zwar ein Titel: Droit criminel, allein darunter wird nur das Gebiet des Auslieferungsrechts mit einzelnen weiteren Fragen der sonstigen Rechtshilfe eingehend behandelt.

[4]) Ich zitiere nach dem Werke Draft outlines of an international Code (New-York 1872).

[5]) Das Referat erschien in Rev. de dr. i. VII. 1875, S. 23—56 (die Ausführungen S. 169—188 beziehen sich auf die Auslieferung). Die Arbeit erschien auch separat unter dem Titel: Etude sur les conflits de législation en matière de droit pénal (1875). Brocher arbeitete ein Nachtragsreferat aus (Annuaire V. S. 61—70 und v. Bar (und Brusa) redigierte dann einen weitern Bericht (Annuaire VII. S. 123—147). Die Resolutionen des Instituts finden sich im Tableau général de l'Institut 1873—1892, S. 98—102 und Rev. de dr. i. XV., S. 602—604.

Frage: Sind gleiche Grundsätze des internationalen Strafrechts für die europäischen Staaten anzustreben und eventuell welche? [6]) Der genannte Jurist stellte folgende Thesen auf:

1. *Es ist wünschenswert, dass das Geltungsgebiet der heimischen Strafrechtssätze den ausländischen Strafrechtssätzen gegenüber in allen Staaten nach denselben Grundsätzen bestimmt werde.*
2. *Bei dieser Regelung sind Kollisionen der Strafansprüche verschiedener Staaten, soweit irgend möglich, zu vermeiden. Die Regelung hat daher von dem Territorialprinzipe als ihrer Grundlage auszugehen.*
3. Soweit eine Kollision der Strafansprüche durch Ueberschreitung des Territorialprinzips herbeigeführt wird, ist Existenz und Inhalt des mit dem ausländischen konkurrierenden inländischen Strafanspruchs lediglich nach inländischem Rechte zu beurteilen.

Die internationale kriminalistische Vereinigung (Union internationale de droit pénal) beschäftigte sich in neuerer Zeit ebenfalls mit den Fragen des internationalen Strafrechts und -Prozesses. [7])

Es fanden aber auch *staatliche* Bemühungen statt, um einheitliche Kollisionsrechtssätze im internationalen Strafrechte herbeizuführen. So enthält der Vertragsentwurf der süd- und zentralamerikanischen Staaten (Lima 1878) im Titel 5 Bestimmungen von der nationalen Jurisdiktion über Delikte, welche im Auslande begangen wurden, und über Fälschungen

---

[6]) Vergl. Z. f. d. ges. Str. R. W., II. (1882), S. 55—81, auch abgedruckt in der Publikation von v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (1905) I., S. 1 ff.

[7]) Ueber die Geschichte der Gesellschaft und ihre Arbeiten vergl. F. Kitzinger Die internationale kriminalistische Vereinigung (1905). Speziell herauszuheben sind die Referate von: Lindenau, Das internationale Verbrechertum und seine Bekämpfung (Mitteilungen der internationalen Kr. Ver. 13., S. 192), Hopf unter dem gleichen Titel (das. S. 206), Feuilloley, La lutte contre la criminalité internationale (das. S. 247).

zum Nachteil anderer Staaten (Art. 34—39).[8]) Die Konferenz von Montevideo (1888/9) arbeitete einen separaten Vertrag aus über „Internationales Strafrecht". [9]) *Die bisher stattgefundenen drei panamerikanischen Kongresse* haben sich ebenfalls mit dem internationalen Strafrecht befasst. Allein ein praktischer Erfolg ist noch nicht eingetreten, und Arbeiten sind darüber bis jetzt nicht publiziert worden.

An die hier gemachten Erörterungen reiht sich naturgemäss die Frage an, wie vorgegangen werden muss, um einen ernsthaften Fortschritt herbeizuführen.

Die Lösung des Problems kann nur darin bestehen, dass die zivilisierten Staaten auf Grund eines sorgfältig entworfenen Programmes zusammentreten, um an Stelle der allgemeinen Prinzipien bestimmt lautende internationale Kollisionsrechtssätze aufzustellen.[10])

Die partikulären Staaten huldigen verschiedenartigen Grundsätzen im internationalen Strafrechte und ihr Ausgangspunkt variiert erheblich. *Diese Divergenz muss beseitigt werden.* Es ist dabei notwendig, dass ein Staat die Initiative ergreife, um hier den Fortschritt sicherzustellen. Der Kampf gegen das internationale Verbrechertum muss nicht mit unzähligen Strafgesetzen und Strafprozessordnungen, die auf verschiedenen Prinzipien ruhen, begonnen, sondern auf dem Wege einheitlicher Kollisionsrechtssätze durchgeführt werden.[11])

---

[8]) Die Bestimmungen sind abgedruckt in meiner Schrift Die Kodifikation des internationalen Zivil- und Handelsrechts. Eine Materialiensammlung, (Leipzig 1891), S. 97—99.

[9]) Vergl. Heck in Z. f. intern. Priv.- u. Str.-R. I., S. 592—597.

[10]) Honnorat bemerkt in seiner Etude sur les moyens de réprimer la criminalité internationale (Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung 13, S. 264): *Il est à désirer que les Etats s'entendent en vue d'une solution équitable de ces conflits de droit pénal international,* en se basant sur la communauté d'intérêt, dans le but d'obtenir qu'aucun crime ou délit ne demeure impuni.

[11]) Präventive und repressive Bekämpfung des Verbrechertums ist heutzutage eine internationale Pflicht geworden. Ernsthafte und zutreffende

Jeder souveräne Staat hat allerdings die Berechtigung, die Strafrechtsnormen selbständig nach seinem eigenen Gutdünken aufzustellen, und er ist also weder an das Territorialitäts-, noch an das Personalitätsprinzip oder an andere Axiomata gebunden. Immerhin hat er dabei einmal die vernünftigen Grundsätze der Gerechtigkeit zu beachten und sodann das Völkerrecht zu respektieren. Die Frage tritt daher naturgemäss auf, wie weit der interne Staat hier richtigerweise gehen kann und soll und wieweit man die partikulären Strafrechtsnormen zu direkt einheitlichen Kollisionsnormen auf dem internationalen Boden erheben kann.

Der Beruf jedes einzelnen Staates, ein *Weltrechtsstrafrecht* anzuerkennen, ist in mehrfachen Richtungen zutreffend:[12])

1. immer dann, wenn es sich um Delikte gegen die ganze Menschheit handelt;
2. wenn Rechtsgüter in Frage liegen, welche im Interesse des ungehinderten Völkerverkehrs oder der besseren Beförderung des Völkerwohls dem Alleinbesitz der einzelnen Staaten entzogen sind, weil es sich mehr um Weltrechtsinstitute handelt. Dies trifft zu bei Eisenbahnen und den übrigen Verkehrsmitteln;[13])
3. wenn es sich um Rechtsgüter handelt, an deren Un-

Worte finden sich in dieser Beziehung bei v. Ullmann, Völkerrecht, 2. Aufl. (1908), S. 389 und 390. Die Reaktion der Strafgewalt gegen die einzelne Straftat und den einzelnen Verbrecher, sagt dieser Jurist (S. 390), bildet nicht eine vereinzelte Aktion des Einzelstaats, sondern ein organisches Glied der Gesamtaktion der *zivilisierten Staaten* gegen das Verbrechertum: es handelt sich bei vielen Verbrechen um ein „internationales Uebel".

[12]) Vergl. Binding, Handbuch des Strafrechts I., S. 379.

[13]) Indem Vergehen gegen Eisenbahnen in vielen Auslieferungsverträgen aufgenommen wurden, ist wenigstens zum Teil für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit jener kriminellen Eingriffe innerhalb der internationalen Rechtsgemeinschaft gesorgt. Vergl. Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, S. 209. Vielfach trifft dies auch zu für Vergehen gegen Telegraphen und Telephone.

versehrtheit alle Kulturstaaten das gleiche Interesse haben (Echtheit der Münzen).

Indessen geht es nicht an, dass die Staaten einseitig feststellen, welche Verbrechen als delicta juris gentium und welche Rechtsgüter als international anzusehen seien: die Ordnung dieser Dinge kann nur durch gemeinsame Verständigung erfolgen. Der im Weltrechtsprinzipe liegende Gedanke ist nach dem Gesagten an sich durchaus richtig, nur muss er mit besonderer Sorgfalt und mit weitgehender Reserve praktisch verwertet werden.

Das Gleiche ist auch zu sagen darüber, wie die übrigen in der Theorie aufgestellten Prinzipien praktisch lauten sollen. Gewiss kann der interne Staat seine Rechtsgüter unter sein Strafrecht stellen, allein indem er Ausländer schrankenlos diesem unterwirft für alle Delikte, die im Auslande begangen werden, sofern sie in den internen Staat irgendwie hineinragen, greift er unter Umständen in die Rechtsphäre (Strafhoheit) anderer Staaten ein und dies darf in Wahrheit nicht geschehen. Nur eine internationale Verständigung kann hier eine richtige Lösung und Absteckung der Grenzen vornehmen. Dabei dürfen und sollen die Interessen der Zweckmässigkeit eine Rolle spielen.[14]) Unter dem gegenwärtigen Rechtszustande glaubten viele Staaten sich möglichst viele Rechtsansprüche sichern zu müssen. Wenn aber die Staaten zusammentreten, werden sie nur *ein* Ziel ins Auge fassen, dass ein Anspruch zugunsten *eines* Staates geschaffen wird.

An das erwähnte Traktandum sind ferner Feststellungen darüber anzuschliessen, welchem Strafrechte diejenigen Delikte unterstehen, die naturgemäss in mehrere Staaten eingreifen.

---

[14]) Schon Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I., S. 145 bemerkte, die Frage, ob der interne Staat die im ausländischen Staate verübten Delikte bestrafen wolle und solle, beurteile sich nicht nach Prinzipien, sondern nach Rücksichten der Zweckmässigkeit.



Die Behandlung des Ortes einer deliktischen Handlung ist, soweit es sich um einen international zu fixierenden Ort handelt, doktrinell gar nicht lösbar in dem Sinne, dass man sagen könnte, nur *eine* bestimmte Lösung wäre unbedingt richtig. Jedes irgendwie wesentliche Element einer Handlung, das in dem einen Staate vorkommt, kann dafür entscheidend sein, dass er sie dem internen Strafrecht unterwirft, mag das Delikt (oder die Haupttat) in irgend einem Staate vorgekommen sein. Während die Juristen früherer Jahrhunderte in diesen Richtungen Lösungen proponiert und auch die Gesetzgebungen zuweilen Posto gefasst haben, hat man sich schliesslich veranlasst gesehen, alles vertrauensvoll der Wissenschaft zu überlassen.[15]) *Die jahrhundertelangen Pendelschwingungen der Theorie müssen einer festen Ordnung durch einheitliche Kollisionsnormen Platz machen.* Es kann doch der Gerechtigkeit nicht entsprechen, dass eine und dieselbe Handlung in mehreren Staaten zur Bestrafung gelangt, Dauerdelikte vorbehalten.[16]) Im allgemeinen lässt sich theoretisch ja wohl sagen, dass der Mittelpunkt des Deliktes ausfindig gemacht werden sollte, allein mit dieser Formulierung kann kaum viel erreicht werden. Es wird deswegen international das Gesetz desjenigen Staates als anwendbar erklärt werden müssen, in welchem die Haupttat

---

[15]) Neuestens nahm diese Frage wieder Kitzinger in dem Werke Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (1908) I., S. 137, 142 auf, nachdem er sie schon in seiner frühern Arbeit, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht (1902) erörtert hatte. Die Schrift von v. Lilienthal, Der Ort der begangenen Handlung (1890) behandelt wesentlich interne Fragen.

[16]) Es ist freilich neulich in einer Schrift gesagt worden, es sei „kein Misstand", dass dieselbe Handlung zweimal — im Inland und im Ausland — bestraft werden könne. Vergl. Doerr, Das fortgesetzte Delikt. Seine Geltung und seine Wirkungen im deutschen Recht (Stuttgart 1908), S. 188. Anders drückt sich Matter in seiner Abhandlung (Journal du dr. int. 1904 XXXI, S. 592) aus, wenn er betont: Tout l'effort des criminalistes modernes tend à chercher une formule juste et sûre, qui évite ces deux dangers: *l'impunité* du criminel *la pluralité* de châtiments pour un même fait.

begangen wird. Dabei liesse sich das Prinzip der Prävention auch *international* aufstellen.

Die für die Begehung von Delikten international erheblichen Standorte sind verschiedenartig.

1. Als hervorragendster Schauplatz ist natürlich auch international das territoriale Gebiet (territoire terrestre) insofern anzusehen, als Delikte auf mehreren Staatengebieten oder so begangen werden, dass sie auf sie hinübergreifen. Ferner ist erheblich das Erdinnere, wenn dabei mehrere Staaten berührt werden. Man denke hier an die Erstellung unterirdischer Werke (Eisenbahntunnels, Kanäle).[17])
2. Dazu kommt das Luftmeer (territoire aérien). Die moderne Luftschiffahrt bringt es als Deliktort zur Bedeutung, und es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass namentlich auch von Ballons aus deliktische Handlungen begangen werden können,[18]) — die neue technische Erfindung der Luftschiffahrt wird den Staaten aufs neue zeigen, dass die Welt wirklich anders geworden ist.
3. Auch das Gebiet des Meeres (territoire maritime oder naval) und der internationalen Flüsse kann zum Ort deliktischer Handlungen werden. Bekanntlich muss man neben dem Meere auch noch das Küstenmeer (mer territoriale) in einer Ausdehnung von drei Seemeilen unterscheiden.

   Wenn das territoriale Meer durch die Bildung von Eis, das nicht mehr schmilzt, dauernd erweitert wird, so entsteht eine Ausdehnung des Territoriums auf dem

---

[17]) Oppenheim, Der Tunnel unter dem Aermelkanal und das Völkerrecht in Z. f. Völkerrecht und Bundesstaatsrecht II., S. 1—16 und R. Robin, Le tunnel sous le Manche et le droit des gens in Rev. générale de dr. i. public XV (1908), S. 50—77.

[18]) Ich mache auf die Schrift von Grünwald, Das Luftschiff in völkerrechtlicher und strafrechtlicher Beziehung (Hannover 1908) aufmerksam.



Wege der Akzession: man kann dann von einem Eis territorium (territoire glaciaire) sprechen und die erwähnten drei Seemeilen sind in diesem Falle erst vom Ende der Eisschicht an zu berechnen.[19]) Im Falle temporärer Eisbildung umfasst die territoriale See auch das ganze mit Eis bedeckte Gebiet, so lange es nicht geschmolzen ist, und die Strafgewalt erstreckt sich darnach auch auf das Eisgebiet, so lange es besteht.

Allein, wenn man auch von diesen zuletzt erwähnten Spezialitäten absieht, so bieten die Verhältnisse der Mittäter, Anstifter, Gehilfen und sodann die Distanzdelikte und Dauerdelikte Fragen bedeutender Ordnung, sofern sie speziell international auftreten.

Die Feststellung der Frage, in welchem Staate eine international erhebliche Straftat begangen ist, erscheint als eine besondere Aufgabe des internationalen Strafrechts.

1. Man kann dies auch so ausdrücken, dass man sagt, es sei zu untersuchen, welchem objektiven Strafrechte ein hier in Betracht fallendes Delikt unterstehe. Diese Untersuchung hat bei sehr vielen Fällen eine praktische Bedeutung. Wie früher, so wird auch heute ein Delikt in erster Linie am Orte der Tat verfolgt und gemäss dem in diesem Staate bestehenden materiellen Strafrechte bestraft. Indem hier der Tatort festgestellt wird, erfolgt damit auch eine wichtige Vorarbeit für den Strafprozess. Der Regel nach ist es also notwendig, genau zu untersuchen, wo ein Delikt begangen wird, und wo der Ort der Vollendung liegt.[20])

---

[19]) Ich verweise auf die geistreiche Ausführung von Roland in Rev. générale de dr. i. public (1904) XI., S. 340—345.

[20]) Dies wird speziell auch in der nordamerikanischen Praxis betont. Vergl. Minor a. a. O., S. 501 Note 11: The place of the completion of the offence is the locus delicti.

2. Aber auch dann, wenn die Rechtsanwendung und die Gerichtskompetenz nicht zusammenfallen, nimmt nach einzelnen Gesetzen der erkennende Richter auf das Gesetz des auswärtigen Gerichtsorts Rücksicht. Es leuchtet danach ein, dass auch deswegen die Untersuchung eine hohe praktische Bedeutung hat. Man muss sich freilich sofort der Tatsache bewusst werden, dass das gefundene Resultat keineswegs alle Fälle deckt und dass es hier Verschiebungen und Veränderungen gibt. Dies hängt damit zusammen, dass neben dem Forum des begangenen Verbrechens auch subsidiäre Fora bestehen und dass der interne Staat auch viele im Ausland begangene Delikte unter sein Strafrecht stellt.
   a) Indem der Richter eines Staats, in welchem die Tat nicht begangen ist, die Bestrafung eintreten lässt, wendet er vielfach, abgesehen von besonderen Bestimmungen, sein eigenes Strafrecht an.
   b) Indem nach der heute noch bestehenden Regel eigene Staatsangehörige an denjenigen Staat, wo ein Delikt begangen ist, nicht ausgeliefert werden, besteht vielfach die Meinung, dass der nationale Staat die Beurteilung selber vornehme. Allerdings wird häufig gesagt, dass hierzu keine aus allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts folgende Verpflichtung bestehe, wenn sie nicht durch spezielle Vereinbarungen eingegangen worden sei. Mag es sich in dieser Beziehung verhalten, wie es wolle, so liegt die Partikularität vor, dass dann das interne Strafrecht auf eine im Auslande begangene Tat angewendet wird.

   Durch das schweizerische B.-G. betr. die Auslieferung gegenüber dem Auslande von 1892 wurde dem Bunde eine bedingte völkerrechtliche Verpflichtung übertragen. die im Auslande delinquierenden

Schweizer durch den Niederlassungs- event. Heimatkanton beurteilen zu lassen, „wie wenn die strafbare Handlung im Gebiete des Kantons begangen worden wäre“ (Art. 2 a. E.). Bedingt ist die im Gesetz vorgesehene Verpflichtung deswegen, weil der Bund vom Auslande nach dem Wortlaut des Gesetzes die Erklärung verlangt, dass der Schweizerbürger nach Verbüssung der Strafe später im Auslande nicht mehr verfolgt und dass auch ein von dessen Gerichten ausgefälltes Strafurteil nicht vollzogen werde, — eine Bedingung, die freilich in der Praxis zu Schwierigkeiten Anlass gegeben hat. [21])

Es erscheint weiter als geboten, über *die Anwendung des massgebenden Strafrechts* eine Verständigung zu erzielen, wenn man nicht den generellen Satz aufstellen will, dass der interne Richter immer nur das interne Strafrecht zu respektieren habe.

Von ganz besonderer Bedeutung ist es, die einheitliche Rechtshilfe international sehr weitgehend zu ordnen.

Nach der heute geltenden völkerrechtlichen Anschauung sind die Kulturstaaten verpflichtet, sich auch im Strafrechtsverfahren gegenseitige Rechtshilfe zu gewähren, und es handelt sich dabei um eine juristische Obligation. [22]) Darüber besteht

---

[21]) Ein ähnlicher Rechtszustand ergibt sich auch im interkantonalen Auslieferungsrechte gemäss Art. 1 B. G. von 1852.

[22]) Es ist interessant, hier darauf hinzuweisen, dass die Existenz einer rechtlichen Verpflichtung dem fremden Staate zu irgend einer Tätigkeit des innern Staats Hilfe zu leisten speziell im Strafrechte geleugnet wurde von Hälschner, Das preussische Strafrecht II. T. (1858), S. 63. Auf ähnlichem Boden bewegte sich auch Heffter, Das europäische Völkerrecht 8. Ausgabe von Geffcken, § 36 S. 86. *Mit dem neuen Erwachen des internationalen Geistes ist diese Auffassung völlig unvereinbar.* Es handelt sich in Wahrheit um ein debitum justitiae, wie dies auch anerkannt wird von Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889), S. 289 und ebenso von v. Ullmann, Völkerrecht, 2. Aufl. (1908), S. 390.

heute kaum mehr ein ernstlicher Zweifel, allein es handelt sich darum, einen Schritt weiter zu gehen, und es ist in der jüngsten Zeit ganz richtig vorgeschlagen worden, verschiedene spezielle Neuerungen einzuführen, wie z. B.: [28])

1. den direkten Verkehr zwischen den Polizeiorganen der verschiedenen Staaten zuzulassen,
2. den Polizeiorganen zu erlauben, auf fremdes Gebiet hinüberzutreten: die Nacheile in bestimmtem Umfange zu sanktionieren,
3. internationale Agenten auf wichtigen Plätzen zu schaffen,
4. das anthropometrische System und den Casier judiciaire zu generalisieren,
5. die grossen Eisenbahnlinien und Schiffe speziell zu überwachen.

Im Zusammenhang damit wurde auch vorgeschlagen, die Formalitäten im Auslieferungsrechte zu vereinfachen und eine generelle Konvention über universelle Auslieferung mit Einschluss der eigenen Staatsangehörigen (wenigstens in bestimmten Fällen) zu bilden.

Ueber die Nützlichkeit dieser Neuerungen und deren Einführung ist zu reden; nach meiner Meinung kann deren Wünschbarkeit kaum bezweifelt werden.

In welcher Weise *eine auswärtige Bestrafung im Sinne des Rückfalles* zu beachten sei, bedarf um so mehr einer einheitlichen Fixierung, als auch die bedingte Verurteilung (sursis) in der modernen Zeit obenaufkommt.

Bei dieser Gelegenheit müssen denn auch die Fora international geregelt werden. Die Parallele zum internationalen Privatrechte kehrt hier neuerdings wieder, nur in weit dringlicherer Weise, weil im internationalen Strafrechte eine Tren-

---

[28]) Vergl. Honnorat, Etude sur les moyens de réprimer la criminalité internationale in den Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung 13., S. 260—266.

nung der Frage, welches objektive Recht massgebend sei, von der Gerichtshoheit nicht so scharf erfolgen kann wie im internationalen Privatrechte. Aber man muss hier namentlich beachten, dass die Regelung der Fora, wie sie intern erfolgt, noch keineswegs auch international zutrifft. *Viele Bestimmungen über die Fora, die intern ganz gut zutreffen können, passen mit andern Worten gar nicht für das internationale Leben.* In dieser Beziehung ist ganz *besonders ernsthaft auf den international völlig unbrauchbaren fliegenden Gerichtsstand zu verweisen.* Pressvergehen sind dem Gesetz und Gerichte desjenigen Staates unterworfen, in welchem und von welchem aus eine Druckschrift herausgegeben, versendet oder vertrieben wird.

Schlussbemerkung.

Wird die hier neu angeregte Frage, einheitliche Kollisionsnormen auf dem Weltgebiete zu schaffen, Aussicht auf Erfolg haben? [1]) Wenn man bedenkt, dass der Gedanke der menschheitlichen Rechtsgemeinschaft (humani generis societas) in den neuesten Zeiten bedeutende Fortschritte gemacht hat [2]) und dass auch im Strafrecht ein neuer Geist waltet,[3]) so dürfte die Hoffnung nicht unbegründet sein. Die ganze Kulturgemeinschaft muss den Willen und die Stärke zeigen, mit vereinten Kräften aufzutreten: *den im Unrechte erfindungsreichen Verbrechern muss sich die zivilisierte Welt*

---

[1]) Dem Gedanken einer direkten universellen Strafgesetzgebung z. B. auf pan-europäischer Grundlage muss, auch wenn er sich auf die Kollisionsrechtsätze beschränkt, naturgemäss *eine sorgfältige Zusammenstellung und Verarbeitung des gesetzgeberischen Materials* vorausgehen. Diese Arbeit ist auf Anregung des deutschen Reichsjustizamts in dem Werke Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts begonnen worden. Vergl. dazu F. v. Calker, Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung in der von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Strassburg dem Professor Laband gewidmeten Festschrift (Tübingen 1908), S. 97—118.

[2]) Martens sagt in seinem Traité de droit international III., S. 22: On ne peut donner au droit international criminel qu'une seule base positive — la communauté internationale existant entre les Etats, c'est-à-dire l'ordre commun adopté, en ce qui concerne le droit, par toutes les nations civilisées grâce à l'unité de leurs tendances et à la communauté de leurs intérêts.

[3]) Vergl. Roux, Le droit pénal et les relations internationales in Bl. Vergl. R. I., S. 534—539.

energisch entgegenstellen, und auch sie soll sich ihrerseits erfindungsreich zeigen.

Der Wellenschlag des internationalen Verkehrs ist nicht in allen Staaten der gleiche und auch das Verbrechertum macht sich international nicht überall in derselben Weise gleich stark bemerkbar. Allein die Ueberzeugung kann kaum eine verschiedene darüber sein, dass die der Zivilisation huldigenden Staaten gemeinsame Rechtsinteressen zu vertreten haben, denen sie richtige und einheitliche Lösungen entgegenbringen müssen. Sie sind ohne allzu grosse Schwierigkeiten herbeizuführen. Die dem internationalen Strafrechte angehörenden Fragen dürfen jedenfalls als erheblich einfacher bezeichnet werden, als diejenigen, die im internationalen Zivilrechte und -Zivilprozessrechte auftreten. Dabei ist es auch ganz gleichgültig, dass einige Versuche bis anhin auf dem internationalen Boden nicht von Erfolg begleitet waren, ähnliche Parallelen zeigen sich auch im internationalen Privatrechte. *Alles Neue ist für viele zunächst unmöglich und es gilt nur, nie den Mut zu verlieren; denn das wahrhaft Notwendige setzt sich schliesslich trotz allen Hindernissen durch.*

Zur Geschichte der Advokatur

im

Kanton Zürich.

Von Prof. Dr. **E. Zürcher.**

Zur Geschichte der Advokatur im Kanton Zürich.

I. Die alte Zeit vor 1798. — Uralter Brauch und Herkommen erhielten sich in den Amts- und Herrschaftsgerichten, den Dorf- und Mayengerichten und wie alle die Untergerichte des Kantons hiessen bis zur grossen Umwälzung des Jahres 1798. So auch das *Fürsprecheramt*. In einer lebensvollen Darstellung hat *Denzler* von Nänikon, 1720—1727 Untervogt zu Hutzikon, „Die alten Bräuch des gerichts zu greiffensee“ beschrieben.[1]) Der Kläger bittet um „ein Fürsprech“. Er wird ihm erlaubt. Alsdann sagt der so Rechtens begehrt, ich bitte den oder den. Der Richter sagt, ich bitte ihn auch. Dann bittet der Fürsprech um Rat und der Richter antwortet: Den Rat hand ihr. Der Fürsprech begiebt sich alsdann mit dem, der Rechtens begehrt, „aussen an ein sonderbar Orth“, zur Erteilung und Entgegennahme der Instruktion, würde man etwa heute sagen. Die beiden treten wieder ein. Der Fürsprech fragt weiter: Herr, wollt ihr losen? Darauf sagt der Untervogt, der Herr Landvogt und ein Ehrsam gricht wird losen. Und nun beginnt die Rede an den frommen, vesten, ehrenvesten, fürsichtigen und weisen, insonders Gönstigen und lieben Herrn Landvogt und die dito Richter und Rechtsprecher. — In gleicher Weise wird der Fürsprech des Beklagten bestellt und waltet seines Amtes. Mehrmals können

---

[1]) *Schauberg, Joseph,* Beiträge zur Kunde und Fortbildung der zürcher. Rechtspflege. III. Band. Zürich 1842. S. 278.

auch die Fürsprecher weitern Rats begehren und es wird ihnen erlaubt.

Wie der Fürsprech vom Gericht aus seiner Mitte bestellt worden, so kehrt er, nachdem er die Sache seines guten Freundes zu Recht gesetzt, ins Gericht zurück, macht seinen Urteilsvorschlag und hält die Umfrage unter den Richtern. Mit Bezug auf deren Beratung erteilt der alte Denzler eine Mahnung, die auch heute noch für die öffentliche Beratung am Platze wäre: „Es soll sich aber keiner schämen, wann er gleich anfangs sein Recht vor sich geben (und er darnach etwas Besers berichtet wird:) von seyner ersten Meynung zustehen und der beseren zufolgen, dann er also auf der ersten Meynung wider sein Gewüssen zu verharren, weder fein noch gut wäre."

Oberstes Gericht der Republik war der kleine Rat, einzige Instanz in Erbrechtsstreitigkeiten der Stadtbürger und Appellationsinstanz in Streitigkeiten, die ewige Beschwerden und Rechte betrafen oder einen Wert von über 40 Gulden hatten. Der Rat war auch Malefizgericht und Strafgericht überhaupt. Hier hat sich die Vertretung der Parteien sehr früh schon zur berufsmässigen ausgestaltet.

Es waren dies die *Ratsredner,* die nach bestandener Prüfung in Eid und Pflicht genommen wurden. Ihre Zahl blieb stets eine geschlossene, 5—7, ohne dass indes eine Käuflichkeit oder Vererbbarkeit der Stellen sich herausbildete.

Der älteste Nachweis ihres Bestehens geht auf das Jahr 1490 zurück, Ratserkenntniss vom Montag nach Jakobi: Die Ratsredner sollen ihr Wort und Red bescheidentlich und züchtenlich brauchen. Durch ein Erkenntnis vom Donnerstag der Osterwoche 1495 sind etliche Burger, die den Leuten ihre Red taten, ausgestellt worden,[2]) womit die alleinige Befugnis der Ratsredner, dies zu tun, bekräftigt wurde.

---

[2]) Promptuarium *Meyer* (Staatsarchiv, Manuscript), Artikel: Rats-Redner.

Eine erste Redner-Ordnung ist uns aus dem Jahre 1544 erhalten.[8]) Sie beginnt mit der Klage wegen Ueberforderung: „Als by unserer vorderen zyten Biderblüth, so vor unnsern Herren ze schaffen gehept, mit dem Rederlohn gar bescheyden unnd zymlich gehalten worden, unnd aber sollichs nach und nach dermass im ein unordnung und missbruch komen, das man sich des beschwärdt. Desshalb unsere Herren dem gemeynen nutz, unnd Irn Biderben unnderthanen ze gutem verursacht worden von Oberkeyts wegen gepürlichs Insehen hierinn ze thun. Unnd habend guter Erbarer meynung gedachten Redneren Ihrer besoldung unnd lons halb ein Durchgennde Tax unnd Ordnung gestellt wie harnach volgt, die söllent ouch die Redner schweren ze halten."

Demgemäss nimmt denn auch die Taxordnung einen breiten Raum in diesem Gesetze ein. Für einen „fürtrag der keyn gegenteil ald widerstand hat" 1 Batzen, von „Händlen, so eygen und Eerb oder sunst namhaffte und Eehehafte ding höff und güter berührend" 4 Batzen, von „geringeren täglichen schlechten Sachen, Es syge umb fräffel bussen oder andere Rynnge Ding" 2 Batzen, von „einem Todtschlag für jeden Lanndtag: 1 guldin bringt die zwen Landtag, als man gewonlich den andern und dritten mit einanderen halttet 1 Pfund", usw. Was indess aus freiem Willen darüber hinaus bezahlt wird, mag er wohl annehmen.

Dann wird die Zahl der Redner auf 5, höchstens 6 beschränkt. Und so einer abgienge und ein anderer an seine Statt treten will, soll er für einen Bürgermeister kehren und ihn vermögen, dass er „vor mynen Herren ein Prob thun lasse, damit man hörre, ob er hierzu verfenntgklich als geschickt und was von Ime ze hoffen syge". Wenn er dann den Herren gefällt und es sie bedünkt, „das biderblüth mit Ime versorgt sygent", so mögen sie ihn wohl annehmen

---

[8]) Manuskript im Staatsarchiv, A. 68, 2.

und bestätigen. — Der Ratsredner hat alsdann seines Amtes zu walten und darf nicht ohne Urlaub von der Stadt wegreiten. Insbesondere soll er nicht meine Herren „mit unnützem Geschwätz, schenntzlen und anndern unfügklichem gespeyg und nochhinbällen“ belästigen.

Endlich wird dem Ratsredner verboten, bei der Anlage von Vogtkindergeld vom Entlehner einen „Schafferlohn“ für sich auszubedingen. —

Beschwerden der Ratsredner scheinen mit Beschwerden über sie abgewechselt zu haben. 1555, am 28. Juli, wird ihnen in Erinnerung gebracht, sie sollen die Parteien auf die Wahrheit und nicht auf die Unwahrheit weisen. Umgekehrt wird gemurrt, dass die Zahl auf 8 gestiegen sei; dabei soll es nun sein Verbleiben haben, immerhin wollen meine gnädigen Herren nicht daran gebunden sein (1608, März 21.). 1626, 28. September, wird ein Ratsredner, der „zu mehreren Malen unbescheidene, unzüchtige und vor Rat unziemende Reden gebraucht und gespitzlet, um 10 Batzen gestraft, offentlich und vor männiglich der Obrigkeit missfallen bezeuget und Ihme angezeigt, dass man ihn könftighin heimschicken und des Redens stille stellen werde“.

Die Obliegenheiten eines Ratsredners mögen zunächst von älteren, erfahrenen Männern an sich gezogen worden sein. Je mehr es aber zum wirklichen Berufe wird, desto mehr wird sich ihm auch schon das heranwachsende Geschlecht zugewendet haben. Eine Schule der Rechtsgelehrsamkeit und der Rechtspraxis[4]) gab es in Zürich noch nicht; daher wird dem einen und andern „verwilligt, den Ratsrednern wenn sie den Parteien das Wort führen, etwann einen Monat lang zuzuhören und dann mit Reden für die Parthey vor Rat auch ein Prob tun mögen“. Solche Bewilligungen sind ver-

[4]) *v. Orelli, A.*, Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz vom Ende des Mittelalters bis zur Gründung der Universitäten von Zürich und Bern. Zürich 1879.

merkt in den Jahren 1616, 1619, 1626. Das wären also die Vorläufer unserer heutigen Auditoren am Gericht.

1627 wird die Revision der Rednerordnung beschlossen und 1634 erscheint

„Der Rednern anno 1634 erneuerte Ordnung und Belohnung darauf, die vor diesem Ein Eidt laut Wyssen Buchs pag. 413 b schwehren müessen — krafft hinebendgesezter Erkanntnuss aber selbige Ihnen diesmal ohne Zumuthung eines Eidts zu beobachten vorgelesen wird."

Es ist im Grunde nur die Ordnung 1544 mit wenigen Zusätzen, Erläuterungen und Abänderungen.

Vorerst ist wiederum die Zahl der Ratsredner auf 5—6 festgesetzt, was indessen nicht immer strenge durchgeführt wurde. Vorher (1624, 10. Januar) und nachher (1635, 3. August) wurde beschlossen, an Stelle eines verstorbenen siebenten Ratsredners keinen andern mehr zu wählen. 1642 beschliesst man wiederum, auf 6 sich zu beschränken, 1643, 8. März, wird „auf das untertänigste Anhalten der 5 übrigen Redner bey Absterben des sechsten kein anderer erwehlt, doch mit Vorbehaltung offener Hand", aber schon 1644 wird die Zahl sechs wieder ergänzt.

Die Verpflichtung, an den Ratstagen fleissig zu warten, wird auf den Fall beschränkt, dass der Redner Partheyen habe und Urlaub soll er nur dann verlangen müssen, wenn er mit Partheyen oder für solche von der Statt reisen will, und sodann, wenn er in wichtigen Sachen schon anhängige Partheyen hätte.

Sehr eindringlich werden die Ratsredner vor unnützem, unnötigem Geschwätz gewarnt, sie sollen nicht ein Ding, so sie vorerrzelt, wider äffern und repetieren und dann darob versäumen, „im Abdrucken ald zum Rechten setzen, der Rechten Gründen und Ehehafftinnen zu gedenken".

Natürlich bringt die neue Ordnung auch eine Besoldungsaufbesserung: Für den Fürtrag, der kein Gegenteil ald Wieder-

stand hat, 10 Schilling („doch so Sie etwan armen Leüthen Ihres Anliegens oder Begehrens fürzubringen haben, sollen Sie denen gar nützit abnemmen, sondern vergebens reden“), in wichtigen Dingen 32 Schilling, in kleinen Dingen 16 Schilling. Von einem Totschlag für jeden Landtag 32 Schilling, bringt für die zwei Landtage, die zusammen gehalten werden, 1 Gulden 24 Schilling.

Der Artikel des Lohnes halber erstreckt sich aber nur auf die Bürger und die Untertanen in den eigenen und den gemeinen Herrschaften. „Von den gar frömden aber mag in Bescheidenheit gefordert werden, was ein Redner vermeint, dass er verdienet habe.“

Ueberschreitung der Taxordnung wird mit einer halben Mark Silbers gebüsst. Was aber dem Redner ohne sein Geheisch, sondern freien Willens über den Lohn hinaus gegeben wird, darf dem unterliegenden Gegner nicht unter die Kosten aufgerechnet werden.

Zum letztenmal wurde der *Raths-Rednern Ordnung und Eyd* erneuert und publiziert anno 1731.[5]) Der Stoff ist etwas anders angeordnet, aber es ist derselbe wie in den früheren Ordnungen. Vorangestellt ist diesmal die Pflicht, der Gerichtstage zu warten, und das Verbot, in Sachen eines Burgers oder Landsmannes oder eines Untertanen aus den gemeinen Vogteien mehr als 10 Tage abwesend zu sein, ohne Urlaub des kleinen Rates, der ihn nur erteilt, wenn der Ratsredner nicht vor den gnädigen Herren oder vor dem Stadtgerichte in Fallimentssachen Parteien hat. In Angelegenheiten von Fremden darf der Redner gar nicht sich von der Stadt wegbegeben. — So sorgte also das Gesetz für die Rechtsbedürftigen im Staate. Einen Kontrahierungszwang hat man allerdings den Rednern nirgends aufgelegt; es hiess

[5]) Sammlung der bürgerlichen und Policey-Gesetze und Ordnungen löbl. Stadt- und Landschaft Zürich. I. 28.

nur, wenn ein Redner von einem angesprochen worden, soll er diesem die Rede tun und nicht demjenigen, der ihn nachher anspricht.

Das Verbot unnützer Weiterungen und Zänkereien wird wiederholt. Es sollen „hinkünftig die Redner ihre habenden *Prozeß* anders nicht als

1. Durch einen Vortrag, darinnen die Gründe, Documenta, Kundschaften und was zu des Actoris Behilf dienet, enthalten;
2. durch eine Gegen-Antwort des Antworters;
3. durch die Replik des Klägers und
4. durch die Duplik des Beklagten

führen; und damit alles was zur Sache dienet, anbringen und ihnen keine weitere Hin- und Wider-Rede gestattet sein".

Einige Verpflichtungen werden den Ratsrednern in der Eidesformel in Erinnerung gerufen: die Treue gegen die Partei und die Unbestechlicheit gegenüber dem Gegner.

Die Ansätze der „Besoldungen" bleiben dieselben. Bei Untergängen oder Augenscheinen oder anderen Geschäften auf dem Lande hat der Redner im Tag einen Gulden zu fordern, dazu Futter und Mahl, sammt dem Rosslohn, Beschlag und Sattelgeld, dazu des Tages, so er heimkommt, vor das Nachtmahl 5 Schilling. Freiwillige Verehrungen entgegenzunehmen ist dem Redner auch ferner erlaubt, jedoch nicht über 10 Dukaten und zwar diese nicht anderst, denn von denen wichtigsten und weitläufigst lang gedauerten Prozessen nach völlig beendigtem Prozess, bei Strafe der Confiscation und Suspension. Dann sollen nunmehr auch die Fremden, die vor hiesigen Gerichten zu tun haben und Redner gebrauchen, auf die Taxordnung sich berufen können.

Das Verbot des Schafferlohnes ist in dieser Ordnung nicht mehr zu finden; die Ratsredner sollen so viel als möglich mit vögtlichen Geschäften verschont werden, so sie aber

doch bekämen, sollen sie verpflichtet sein, die Schirm-Ordnung und Taxe getreulich zu halten.

Mit dem grossen politischen Elend der alten Eidgenossenschaft hängt es zusammen, wenn den hiesigen Ratsrednern verboten wird, „von einichen Fürsten oder Herren, Städten, Klöstern, geistlichen und weltlichen Ständen, auch sonsten von Niemandem überall, zu ihrem eigenen und beständigen Procuratoren sich bestellen zu lassen und von denselben einiche Bestallung, Wart-, Dienst- oder Neujahrsgelt — zu beziehen" unter Hinweis auf die Strafen des Pensionenbriefs.

Wir sahen in dieser ganzen Zeit Fürsprecheramt und Ratsredneramt nebeneinander, das letztere zuerst nur beim kleinen Rat. Die Ratsredner nehmen dann auch das in der Reformationszeit gegründete Ehegericht in Anspruch, in Fallimentssachen übernehmen sie die Vertretung auch vor Stadtgericht und sie suchten noch weiter in das Stadtgericht und die Gerichte der inneren Vogteien einzudringen. Da wird ihnen Halt geboten. Schon 1651, 18. Jenner, ward erkannt, dass die Redner am Stadtgericht nach laut der alten Ordnung nicht mehr zugelassen werden, sondern die jungen Richter „umb mehr Lehrens willen den Partheyen die Sach fürtragen sollen". Und noch die „Satz- und Ordnungen, wie es bey Verwaltung des Rechten und Gerichts soll gehalten werden" vom Jahre 1716 § 9[6]) enthält dieselbe Vorschrift.

II. Die helvetische Verfassung (1798—1803) brachte dem ganzen Lande Einheit der politischen und der Justizverfassung, aber für die Schaffung der Rechtseinheit, insbesondere auf dem Gebiete des Prozesses, war die Zeit zu kurz.

Mit Bezug auf die Advokatur ist denkwürdig die Resolution des Senates vom 21. Dezember 1798:[7])

---

[6]) Sammlung der bürgerlichen und Policey-Gesetze I, S. 95.

[7]) *Schauberg*, Freigebung der Advokatur im Kanton Zürich. — Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege, Bd. I, S. 99.

„In Erwägung, dass die rechtschaffenen, tröstlichen Advokaten viel seltener als jene sind, welche lieber verwirren als aufklären, damit rücksichtlich ihres eigenen Nutzens die Streithändel nicht so leicht und nicht so schnell entschieden werden — dass eben dieses spielende Unwesen schon manche Familie in Armut und Elend gestürzt hat — dass es nun endlich hohe Zeit ist, diesem grossen Uebel abzuhelfen, um auch hierin die gesegneten Früchte der neuen Ordnung der Dinge fühlbar zu machen, beschliesst der Grosse Rat:

Es sollen in Civilprozessen um des besondern und allgemeinen Bestens willen keine Advokaten mehr gebraucht werden dürfen."

Im Senate fand die Resolution die Mehrheit, nicht aber im Grossen Rate selber. Damit war der Anwaltberuf gerettet, aber geregelt war er nicht, da man die alten Ordnungen als ausser Kraft gesetzt betrachtete. Das einzige, was geschah, war der Erlass eines Gesetzes (vom 21. Dezember 1798) über die Vereinbarkeit zwischen dem Berufe eines öffentlichen Beamten und dem eines Advokaten.

III. Die Mediation von 1803 und noch mehr die **Restauration** von 1814 gab den Kantonen die volle Souveränität zurück und zerschlug alles, was an Rechtseinheit geschaffen oder wenigstens angebahnt worden war. Schon im zweiten Jahre der neuen Ordnung erlässt der Kanton Zürich ein *Gesetz betreffend die Einrichtung des Advokaturwesens*, d. d. 18. Dezember 1804:

„Da eine mehrjährige traurige Erfahrung gezeigt hat, dass die unbeschränkte Freyheit, den Beruf eines Anwaldes oder Advokaten, ohne bestimmte Vorschrift, treiben zu können, weit entfernt, die Führung der Rechtshändel sicherer und weniger kostbar zu machen, vielmehr die Prozesse vervielfältiget, unerfahrene Leute oft in grosse Verluste bringt, und überhaupt für das rechtsbedürftige Publikum die nachteilig-

sten Folgen erzeugt, so haben wir notwendig erachtet, über diesen Gegenstand folgende Verordnung zu machen."

Siebzig Jahre später wusste kein Mensch mehr etwas um diese traurigen Erfahrungen, oder man schlug sie als Engherzigkeiten und Aengstlichkeiten einer Zöpfe tragenden Zeit in den Wind.

Nach dieser Ordnung bleibt es jedermann freigestellt, die eigenen Rechtsangelegenheiten selber, mündlich und schriftlich, zu verfechten. Eines Anwaltes kann er sich bedienen vor Obergericht, dem Ehegericht und den Bezirksgerichten; vor Zunftgericht ist der Anwalt gänzlich ausgeschlossen.

Diese Beschränkung des Anwaltsberufs ist in mehreren Gesetzen näher ausgeführt. So der Ausschluss von den Geschäften der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (Gesetz betreffend die Errichtung von Leibdingstractatur, vom 22. Mai 1812, §§ 3, 10; Gesetz betreffend die Güterverkäufe von Eltern oder Grosseltern an eines ihrer Kinder oder Enkel, vom gleichen Datum, §§ 2, 6; Gesetz betreffend Verkauf von Haus und Gütern zwischen Ehegenossen, vom 16. Dezember 1812; Gesetz betreffend das Vormundschaftswesen, vom 18. Dezember 1817, § 28). Ausgeschlossen waren auch die Advokaten in dem Verfahren vor Stadtpoliceycommission laut der ratificierten Dienstbotenordnung der Stadt Zürich vom 12. August 1817, „was sich von selbst versteht", sagt diese Ordnung.

Das Matrimonialgesetzbuch vom 25. Mai 1811 hatte in Art. 258 Advokaten unter mehreren einschränkenden Bedingungen zugelassen; Advokaturkosten der obsiegenden Partei konnten nur dann der unterliegenden auferlegt werden, wenn die erstere wegen physischer oder geistiger Hindernisse ganz ausserstande war, ihre Angelegenheiten vorzutragen; nur unter dieser Voraussetzung war die Abwesenheit des Advokaten Grund, einen Aufschub zu erteilen. Schon 1817 wurde

aber eine Verordnung des Kleinen Rathes erlassen, dass bei Paternitätsprozessen keine Advokaten zugelassen werden sollen.

Das Gesetz betreffend die Organisation der Friedensrichter und Zunftgerichte vom 3. Juni 1803 wiederholt das Verbot der Zuziehung der Advokaten zu den Verhandlungen der Zunftgerichte und bestimmt für den Fall, dass ein Beistand notwendig wäre:

11. Würde eine Parthey ihre Streitsache nicht mit derjenigen Deutlichkeit vorzutragen imstande seyn, dass der Richter aus ihrem Vortrag das nöthige Licht schöpfen könnte, so mag sie aus dem Zunftgericht einen ihr beliebigen Richter als Fürsprech erbitten. Der Aufgeforderte ist schuldig, solches zu übernehmen.

Das alte Fürsprecheramt lebte also nochmals auf, erst das Organische Gesetz vom 10. Brachmonat 1831 machte ihm endgültig ein Ende.

Der Strafprozess war damals im Uebergang vom alten Inquisitionsverfahren zum modernen öffentlichen Akkusationsverfahren begriffen.[8]) Das „revidierte Reglement vom 24. März 1812, die Stelle und Verhältnisse eines öffentlichen Verteidigers in Criminalfällen“ enthält auch die Grundzüge des Verfahrens.

Das Obergericht war einzige Instanz in Kriminalfällen (ein besonderes Kriminalgericht wurde erst 1831 aufgestellt). Der öffentliche Ankläger bei demselben ist ein ständig Beamteter, er darf keinerlei Advokaturgeschäfte treiben. Am Schlusse der Untersuchung wird der Angeklagte zur Erklärung aufgefordert,

> „ob er seine Verteidigung selbst dem Richter vortragen oder sich hierzu einen der sechs geordneten Cantonsfürsprecher namentlich auswählen wolle. Tut der Be-

---

[8]) *Heinrich Escher,* Aus meinem Leben. Zürich (Schabelitz 1866)

schuldigte keynes von beyden, so hat das Obergericht aus der Zahl der von Amtes wegen unentgeltlich hiezu verpflichteten Cantons-Fürsprechen zu wählen".

Der gewählte oder bestellte Verteidiger hat der mündlichen Verhandlung vorgängig die Verteidigung in Schrift zu verfassen und sie der Prüfung des Obergerichtspräsidenten zu unterbreiten.

Wenn der Verteidiger

a) Tatsachen entstellt,
b) zu Lügen oder Unwahrheiten seine Zuflucht nimmt,
c) sich in Tadel gesetzlicher Vorschriften einlässt,
d) Anzüglichkeiten sich erlaubt,
e) um das Verbrechen in minder ungünstiges Licht zu stellen, Recht und Sittlichkeit überhaupt in ein zweifelhaftes Licht setzt,
f) den Angeklagten durch Aufzählung noch grösserer Verbrechen, die er hätte begehen, erschwerende Umstände, die er damit hätte verbinden, künstliche Mittel, die er zur Verheimlichung des begangenen Verbrechens hätte anwenden können, entschuldigen will,

so konnte er vom Präsidenten des Obergerichts auf diejenigen Stellen aufmerksam gemacht werden, „durch welche er sich bei der öffentlichen Verteidigung verantwortlich machen würde." [9])

Vor den Bezirksgerichten findet eine Verteidigung nur in den Fällen statt, wo auch ein öffentlicher Verteidiger bestellt wurde (Beschluss vom 18. April 1809 betreffend die Zulassung der Advokaten in Kriminal- und Polizeifällen und die Sporteln der Advokaten).[10])

[9]) Man vergleiche damit die heute noch in Kraft bestehende Strafprozessordnung Obwaldens vom Jahre 1869, § 82.

[10]) Der öffentliche Verteidiger wurde von den Bezirksrichtern gewählt, auch ein Anklang an das Fürsprecheramt. (Gesetzliche Vorschriften für die Gerichtsstellen und Vollziehungsbeamten über die Kriminal-Prozessform 16. Dezember 1803.)

Nach diesen Ausführungen über die Beschränkung der Berufsausübung der Advokaten kehren wir zum Advokatengesetz vom Jahre 1804 zurück. Hier wurden nun die Pflichten der Anwälte im allgemeinen umschrieben:

Sie sollen niemals wissentlich eine ungerechte und schändliche Handlung verfechten,

ihre Parteien sowohl beim Beginn des Prozesses als im Laufe desselben gewissenhaft und mit möglichstem Fleiss beraten,

sich der freundlichen Beseitigung der Rechtshändel keineswegs widersetzen, sondern solche vielmehr aufrichtig befördern,

alle unnötigen „Beyhändel und Nebenfragen“ möglichst hindern, auch in ihren mündlichen und schriftlichen Vorträgen überflüssige Weitläufigkeiten vermeiden,

bei Führung ihrer Rechtshändel nur erlaubte Rechtsmittel gebrauchen, demnach sich aller persönlichen Verunglimpfungen, beschimpfenden Stichelreden und heimlichen Empfehlungen enthalten,

in allen ihren Vorträgen den gehörigen Anstand und die schuldige Achtung gegen die richterlichen Behörden beobachten,

an den vorgeschriebenen Tarif sich halten,

keine Rechtshändel kaufen oder für einen bestimmten Anteil an dem streitigen Gegenstand übernehmen,

von einer Gegenpartei, ihren Verwandten und Freunden oder zu ihrem Vorteil weder Geld, Geschenke oder sonst einiges Anerbieten für sich oder die ihrigen annehmen und ebensowenig zum Vorteil ihrer eigenen Partei solche Bestechungsversuche machen.

Anzeigen wegen Uebertretung dieser Ordnung sind an die Justizkommission zu richten, welche den Fall untersucht und, wenn sich der Anwalt nicht befriedigend rechtfertigt, dem Obergericht überweist, welches den Schuldigen zum

Schadenersatz anzuhalten und mit Suspension oder gänzlicher Entlassung zu belegen wissen wird. Zur Vermeidung mutwilliger Anzeigen kann eine Partei angehalten werden, Kosten und Entschädigung zu versichern.

Die Anwälte wurden eingeteilt in Prokuratoren und Fürsprecher. Ausser ihnen sollen keine weitern Beiständer geduldet werden.

Die Zahl der *Prokuratoren* soll zwanzig nicht übersteigen. Um wahlfähig zu sein, muss man das 21. Jahr zurückgelegt und entweder als Zögling unter einem geschickten Fürsprech, Prokurator, Bezirksgerichtsschreiber oder Landschreiber 3 Jahre lang gearbeitet oder aber auf einer Akademie die Rechtsgelehrsamkeit förmlich studiert haben, vornämlich aber gute Zeugnisse seines Fleisses und seiner moralischen Aufführung halber vorlegen können.

Die Prüfung bestand

in einem gründlichen Examen über die Zivilgesetze des Kantons,

in unentgeltlicher Verfechtung einer Rechtssache vor einem Bezirksgericht.

Die Examinatoren waren zwei Mitglieder der Justizkommission, ein Mitglied des Obergerichts und zwei von der Justizkommission zugezogene Fürsprecher.

Das Justizkollegium erteilte das Patent (40 Fr. Gebühr, 1600 Fr. Kaution) und beeidigte den Neugewählten.

Die Prokuratoren hatten (neben den Fürsprechern) die ausschliessliche Befugnis zu mündlichen Vorträgen vor Bezirksgericht und zur Anfertigung von Rechtsschriften in allen Sachen, die nicht auschliesslich den Fürsprechern vorbehalten waren.

Die *Fürsprecher,* welche zu schriftlichen und mündlichen Vorträgen vor Obergericht und Ehegericht ausschliesslich befugt waren, im übrigen auch vor den Bezirksgerichten auftreten konnten, mussten aus der Klasse der Prokuratoren

hervorgehen und in dieser Stellung als ausgezeichnet verständige und redliche Männer sich gezeigt haben. Zunächst sollten acht gewählt werden, die sechs bisherigen Ratsredner und zwei neue, im Verlaufe wollte man sich auf sechs beschränken.

Die Kanditaten hatten (neuerdings) eine Prüfung zu bestehen, und zwar

über eine durch das Los erteilte Rechtsfrage in einem verschlossenen Zimmer ohne Bücher eine Abhandlung zu verfertigen, eine solche Abhandlung mit Büchern und Musse über eine gegebene Rechtsmaterie abzufassen und einen Probeprozess vor Obergericht unentgeltlich zu führen.

Wahlbehörde war der kleine Rat; das Patent kostete 100 Fr., die Kaution betrug 200 Fr. Neben der Erfüllung der allgemeinen Anwaltspflichten hatten die Fürsrecher nach Kehrordnung die Sache von armen Leuten unentgeltlich zu führen. Sie hatten die übrigen Anwälte zu beaufsichtigen.

Aus der Taxordnung wollen wir lediglich notieren, dass für eine förmliche Verfechtung vor Obergericht 4—12 Fr., vor andern Tribunalien 2—8 Fr. gefordert werden durften, für Memorialien 1 Fr. von der Folioseite, im ganzen nicht mehr als 24 Fr.; für minder wichtige Schriften 2 Batzen per Seite.

Damit war für mehrere Jahrzehnte der Rahmen gespannt, innerhalb dessen sich die Rechtsanwaltschaft als Mitarbeiterin an der Pflege des Rechtes entwickeln konnte. Ein etwas enger Rahmen, welcher der Aengstlichkeit und besorgten Väterlichkeit der Zeit entsprach. Aber es war doch eine Zeit der Vorbereitung auf die lebensfrischere folgende Periode. Die Stiftung des politischen Instituts sammelte die Männer oder bildete sie heran, mit denen 1833 die Hochschule in Zürich gegründet werden konnte.

Einstweilen hatte der moderne Anwalt, insbesondere der Prokurator, noch recht viel zu leiden unter der väterlichen

Gewalt der Oberamtmänner (Bezirksgerichtspräsidenten), welche die Zwischenperson zwischen sich und ihrem Untertan nach Kräften und mit allerlei Mitteln zu entfernen trachteten. Darüber wird uns in einer selten gewordenen Schrift durch den nachmaligen Fürsprech *Surber* Ergötzliches erzählt.[11])

IV. Von der **Regeneration** (1831) bis zum Jahre 1866. Die Regeneration, so umgestaltend und fruchtbar auf fast allen Gebieten des öffentlichen Lebens sie auch war, sie hat die übernommene Ordnung des Advokaturwesens nur wenig fortgebildet.

Das Hauptsächlichste ist die Aufhebung des *Numerus Clausus* durch das organische Gesetz über die Advocatur, vom 25. Juni 1831, entsprechend dem Freihandelsprinzip der neuen Zeit. Jeder Aktivbürger,[12]) der sich durch Zeugnisse ausweist und die Prüfung besteht, soll vom Regierungsrat als Cantonsprocurator patentiert und vom Obergericht beeidigt werden. Jeder Cantonsprocurator, der wenigstens 3 Jahre lang im Canton als Rechtsanwald (!) tätig war, kann verlangen, zur zweiten und strengern Prüfung behufs Aufnahme unter die Zahl der Fürsprecher zugelassen zu werden.

Den Procuratoren blieb das Verfahren vor Obergericht verschlossen, mit Ausnahme der Kriminalsachen, in welchen sie sowohl vor Obergericht als auch dem neu errichteten Kriminalgericht (erste Instanz) als Verteidiger auftreten durften.

Fürsprecher und Procuratoren sind verpflichtet, alle von Amtes wegen angeordneten und ihnen übertragenen Verteidigungen zu führen und zwar für unvermögende Personen unentgeltlich.

---

[11]) Das Wehntal und ein Wehntaler. Zürich 1869.

[12]) Im Rechenschaftsbericht des Obergerichts für 1857 (Seite 76) wird berichtet, dass auch ein Niedergelassener aus einem andern Kanton zur Prüfung und Patentierung zugelassen worden sei, gestützt auf Art. 48 der Bundesverfassung.

In allen übrigen Punkten bleibt das Anwaltsgesetz von 1804 in Kraft bis zum Untergang des Jahres 1875.

So ziemlich gleichzeitig hatte der grosse Rat auch ein „Organisches Gesetz über das Gerichtswesen im Allgemeinen und die bürgerliche Rechtspflege in's Besondere“ d. d. 7. Juni 1831 erlassen, worin das Wirkungsgebiet der Rechtsanwaltschaft näher umschrieben ist.

Vom Verfahren vor dem Friedensrichter bleibt sie ausgeschlossen. Parteien, welche ausser dem Zunftgerichtskreise wohnen, dürfen sich durch beliebige Personen ausser dem Stande des Advokaten vertreten lassen (§ 13).

Ebenso in der Regel von den Verhandlungen vor Zunft-Kreisgericht:

§ 40. Jede Partei, welche im Bezirke wohnt, ist verpflichtet, entweder persönlich ihre Sache vor dem *(Kreis)-Gericht* vorzutragen oder sich durch einen Anverwandten in auf- und absteigender Linie bis in den 2-ten Grad vertreten zu lassen. Ist eine Partey durch rechtmässige Gründe am Erscheinen verhindert, so darf sie sich auch durch ein Mitglied des Gemeindrates ihres Wohnortes, insofern derselbe nicht zugleich Friedensrichter ist und er sich zur Uebernahme eines solchen Auftrages verstehen will, unter Erteilung gehöriger Vollmacht vertreten lassen.

Dagegen kann eine Partey, die nicht im Bezirke wohnt, auch einen patentierten Rechtsanwalt abordnen. Alsdann ist der Gegenpartei der Gebrauch eines solchen ebenfalls gestattet. Das trifft auch dann zu, wenn eine Partei selber Rechtsanwalt ist (Rechenschaftsbericht 1858, S. 70).

Mit der Neuschöpfung des Kriminalgerichts wurde durch das Gesetz über die Strafrechtspflege vom 10. Juni 1831 das Verfahren umgestaltet. Bei den Verhandlungen vor Zunftgericht werden auch in Strafsachen keine Advokaten zugelassen (§ 36), vor Bezirksgericht können sie in korrektionellen Sachen, nicht aber bei Appellationen gegen Urteile

des Kreisgerichts als Verteidiger auftreten (§§ 40 und 41). Auch in kriminalgerichtlichen Fällen ist die Verteidigung auf die Hauptverhandlung beschränkt. Wo es sich um Verhängung der Todesstrafe, Kettenstrafe oder Zuchthausstrafe handelt, soll dem Angeschuldigten auch gegen seinen Willen ein Verteidiger aus der Zahl der patentierten Rechtsanwälde beigeordnet werden (§§ 60—62). Der Verteidiger soll mit Wahrheitsliebe und der gehörigen Bescheidenheit vorgehen (§ 83 c); er hat auch bei jedem Todesurteil dem Grossen Rat ein motiviertes Begnadigungsgesuch einzureichen (Gesetz betreffend das Verfahren des Grossen Rathes bey Ausübung des Begnadigungsrechts bei Todesurteilen, vom 27. Juni 1831).

Die Prüfung der Advokaten ist dem Obergericht übertragen. Die obergerichtliche Verordnung über die Prüfung der Advokaten und Notare vom 2. November 1837 enthält die Prüfungstaxen, während die näheren Bestimmungen über die Prüfungsfächer usw. in einem Reglement enthalten waren, das das Obergericht als Beilage mit dem ersten Jahresbericht dem Grossen Rate einreichte, aber nicht weiter publizierte. — Eine weitere Verordnung des Obergerichts, vom 14. April 1838, regelt die Verpflichtung der patentierten Anwälte, Prozess-Vollmachten einzulegen.

Das Obergericht ist auch die Disziplinbehörde über die Anwälte. Daher enthalten die „Rechenschaftsberichte an den Grossen Rat“ jeweilen einen die Aufsicht über die Rechtsanwälte beschlagenden Abschnitt. Die Endziele, auf welche dabei das Obergericht hinarbeitet, sind im Rechenschaftsbericht von 1832 in hübscher Weise dargelegt:

„Die Beschaffenheit der Stellung des Advokatenstandes zu den Gerichten auf der einen und zu dem rechtsuchenden Publikum auf der andern Seite hat das Obergericht seit dem Anbeginn seiner Wirksamkeit darum als sehr einflussreich auf die Rechtspflege betrachtet, weil es dafür hielt, dass von der Intelligenz, der moralischen Kraft und dem Gerechtigkeits-

sinne dieses Standes es wesentlich abhänge, inwiefern die Richter die Materialien der zu entscheidenden Prozesse treu, vollständig und klar erhalten und so in den Stand gesetzt werden, gründliche Urteile zu fällen; dass der Advokatenstand überall als Ratgeber der Hilfsbedürftigen, als Vertreter der Bedrängten, als Kontrolle der Richter erscheinen sollte; dass von ihm es wesentlich abhänge, welchen Grad des Vertrauens das Volk zu der Rechtspflege und zu seinen Richtern habe; dass endlich er es sei, welcher den Gerechtigkeitssinn des Volkes erwecken, läutern, beleben und dem verderblichen Uebel der Prozesssucht am besten entgegenwirken könne. Darum war das Bestreben des Obergerichts darauf gerichtet, den Stand der Rechtsanwälde allmählig zu derjenigen Stellung zu erheben, welche er nach dem Gesagten einzunehmen die schöne Bestimmung hat."

In einem Rückblick wird im Rechenschaftsbericht für 1846 festgestellt, dass allerdings noch sehr vieles zu wünschen übrig bleibt. Dabei dürfe nicht ausser acht gelassen werden, dass die frühern Verhältnisse, wonach namentlich die wissenschaftlichen Requisite für die Erwerbung der Advokatur beider Grade sehr niedrig gestellt waren, der Erreichung des Zieles nicht sehr günstig waren. Gegenwärtig seien nun aber mehrere Anwälte in beiden Klassen vorhanden, deren Geschäftsführung als vorzüglich und zum Teil musterhaft erklärt werden dürfe. 1853 (I. 21) nimmt das Obergericht in einer längern Auseinandersetzung die Anwälte in Schutz gegenüber landläufigen Vorurteilen und Verdächtigungen.

Diese Anerkennung insbesondere der Geschäftsführung der Fürsprecher kehrt recht häufig in den Berichten wieder. Nicht ganz so günstig lauten die Urteile über die Prokuratoren und die Bezirksgerichte wurden mehrfach ermahnt, es an Genauigkeit der Aufsicht und Energie des Einschreitens nicht fehlen zu lassen.

Diese letztere Mahnung scheint gefruchtet zu haben; die

Rechenschaftsberichte von 1859 enthalten umfangreichere Berichterstattungen, geschöpft aus recht einlässlichen Mitteilungen der Bezirksgerichte.

Durch das Gesetz betreffend das Strafverfahren vom 30. September 1852 wurde das Schwurgericht im Kanton Zürich eingeführt. Dasselbe stellte an den Verteidiger erhöhte Anforderungen. Anderseits hob die grosse Oeffentlichkeit der Verhandlungen die Bedeutung des gesprochenen Wortes und spornte zu künstlerischer Gestaltung der Handlung und Rede an.

V. Mit dem 1. Januar 1867 traten die **Gesetze über die zürcherische Rechtspflege,** Gesetz über das Gerichtswesen im allgemeinen, die Zivilprozessordnung, die Strafprozessordnung und das Gesetz über die Ordnungsstrafen, die erste umfassende Kodifikation des Gerichtsverfassungs- und Prozessrechtes des Kantons Zürich in Kraft.

§ 34 der Zivilprozessordnung gestattet jeder Partei, ihre Sache selber zu führen oder sie durch einen Verwandten oder durch einen patentierten Rechtsanwalt vortragen und besorgen zu lassen. Damit war der Unterschied zwischen Fürsprech uud Kantonsprokurator verwischt und aufgehoben, § 3 des Einführungsgesetzes erklärt denn auch die widersprechenden Bestimmungen des organischen Gesetzes von 1831 als erloschen. Die Bezeichnung Kantonsprokurator verschwindet nun gänzlich, die geprüften Anwälte führen den vornehmeren Titel „Fürsprech". Ueber die Veranlassung der Neuerung hat sich die Weisung des Regierungsrates vom 9. Juni 1866 gänzlich ausgeschwiegen.

Die neue Gesetzgebung hatte auch ein neues Gericht mit sich gebracht, das Handelsgericht. Den Kaufleuten behagte das Anhören weitläufiger Vorträge wenig. Es wird daher im Rechenschaftsbericht (1867) den Anwälten zu Gemüte geführt, dass ein Vortrag, der mit Weglassung alles

Unwesentlichen das Wesentliche zur prägnanten Darstellung bringen würde, weit wirksamer wäre. Auch wird den Anwälten an anderer Stelle des Berichtes wiederholt zugeredet, durch etwas mehr wissenschaftliches Streben sich die Fähigkeit juristischen Denkens und Darstellens zu erhalten.

Am Schlusse des Jahres 1874 betrug die Zahl der patentierten Anwälte 43, von denen auf den Bezirk Zürich 28, auf Winterthur 6 fielen.

VI. Die demokratische Bewegung am Ende der 60er Jahre brachte die Frage der **Freigebung der Advokatur.** Dem Verfassungsrat gingen 10 Petitionen auf Freigebung ein[18]) und wenn auch der Grundsatz noch nicht direkt in die Verfassung aufgenommen wurde, so gab doch der Artikel 21 den darauf abzielenden Bestrebungen die feste Unterlage:

„Die Ausübung jeder Berufsart in Kunst und Wissenschaft, Handel und Gewerbe ist frei. Vorbehalten sind die gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften, welche das öffentliche Wohl erfordert."

War auch diese Verfassungsbestimmung in erster Linie nur der letzte Ausbau des liberalen Prinzips der Gewerbefreiheit, das in Artikel 7 der Verfassung von 1831 eine noch sehr eingeschränkt gehaltene Anerkennung gefunden, so lässt sich doch der Zusammenhang mit dem Enthusiasmus jener Zeit nicht läugnen. Der Bürger, der die Leitung seiner politischen Geschicke in seine eigene Hand genommen, sollte von jeder Art fürsorglicher Bevormundung durch die Behörden, der er, zu seinen Jahren gekommen, entwachsen war, auch von Rechtes wegen befreit werden. Und so soll er sich den Mann seines Vertrauens in der Besorgung seiner Rechtsangelegenheiten frei wählen können. Von der freien Konkurrenz erwartete man nicht bloss eine Verbilligung der Taxen,

---

[18]) *Sträuli, Hans,* Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869, Art. 21, S. 106.

sondern auch, dass sie die wirklich Tüchtigen auszeichnen und emporheben werde, während die bisherigen Prüfungen so manche Mittelmässigkeit, die sich dann im praktischen Leben wenig bewährte, zu Titel und Privilegien gelangen liessen.

So kam denn mit dem neuen Rechtspflegegesetz vom 2. Dezember 1874, in Kraft vom 1. Januar 1875 an, die Freigebung der Advokatur. Sie war enthalten in § 174: „In Zivilsachen können die Parteien beziehungsweise deren Vertreter selbst handeln oder sich durch eine andere im Besitze des Aktivbürgerrechts befindliche Person vertreten oder verbeiständen lassen“;

und § 175 gewährte dem Angeklagten im Strafprozesse das Recht, jeden im Besitze des Aktivbürgerrechts befindlichen Handlungsfähigen als Rechtsbeistand zuzuziehen.

„So wenig der Kantonsrat verkennt,“ sagte der beleuchtende Bericht des Kantonsrates zur Referendumsvorlage, „dass das Bestehen eines gebildeten, erfahrenen und gewissenhaften Advokatenstandes mit eine wesentliche Bedingung guter Handhabung der Rechtspflege sei, so wenig befürchtet er, dass wir nicht auch ohne Privilegium einen solchen in Zukunft gleichwohl haben werden, und er kann nicht finden, dass das öffentliche Wohl irgend eine weitere Schranke für die Berechtigung zur Vertretung Dritter vor Gericht erheische, als diejenige, welche besteht für Ausübung der politischen Rechte.“

Die berufsmässige Vertretung war auf allen Stufen der Gerichtsbarkeit zugelassen, nur vor Friedensrichteramt war sie beschränkt auf Parteien, die ausserhalb des Kantonsrats-Wahlkreises wohnten oder am persönlichen Erscheinen verhindert waren; als Verbeiständung anwesender Parteien blieb sie ausgeschlossen. In Vorahnung dessen, was etwa eintreten könnte, bestimmte § 179:

> „Zeigt sich eine Partei oder ihr Vertreter offenbar unfähig, eine Sache gehörig zu führen, so kann das Gericht

die Partei anhalten, sich eines tüchtigen Rechtsbeistandes zu bedienen"

und es soll wirklich vorgekommen sein, dass der Richter Leute, die sich als Anwalt empfohlen, gestützt auf diese Vorschrift vom Schranken weisen musste.

Der bisherige rechtsgelehrte Anwaltstand war also seiner bisherigen Stellung verlustig gegangen und auf den nackten Konkurrenzkampf angewiesen. Sich und der Allgemeinheit die Vorteile des frühern Zustandes zu bewahren, griff er zum Mittel der freiwilligen Organisation:

Im Jahre der Freigebung der Advokatur (1874) bildete sich ein „Verein zürcherischer Advokaten" zum Zwecke, dem Lande einen aus juristisch gebildeten und achtbaren Männern bestehenden Anwaltstand zu sichern, die Ehre und Unabhängigkeit desselben zu wahren, die Kollegialität zu fördern und die Standesinteressen zu vertreten, zur zeitgemässen Entwicklung des kantonalen und eidgenössischen Justizwesens in Gesetzgebung und Praxis beizutragen und die Gründung eines schweizerischen Anwaltvereins anzustreben.

Mitglied kann werden

a) wer die zum Berufe eines Rechtsanwalts im Kanton Zürich erforderliche wissenschaftliche und praktische Tüchtigkeit besitzt, und
b) im Kanton wohnt und den Anwaltsberuf ausübt.

Es liegt ausser Zweifel, dass diese Vereinigung, die in ihrem Vorstand eine Art Ehrengerichtshof sich geschaffen hat, einem dringenden Bedürfnis entsprochen hat. So zeigten die neuen Prozessgesetze eine bedenkliche Lücke, die Unentgeltlichkeit der Verbeiständung in Armenprozessen war übersehen worden. Hier sprang nun der Advokatenverein von Beginn an ein.

Seine Mitglieder übernahmen nach den Statuten in regelmässigem Turnus die amtliche Verteidigung in Kriminalsachen. Der Verein übernahm provisorisch die unentgeltliche Besor-

gung von Haftpflichtprozessen. Die Vereinsmitglieder verpflichteten sich, Zivilprozesse armer Personen als Armenanwälte zu führen. Der Vorstand ernannte auf Ansuchen der Parteien oder Gerichte die Armenanwälte in bestimmter Reihenfolge unter Berücksichtigung des Wohnortes.

Diese Anerbieten wurden vom Obergericht im Rechenschaftsbericht für 1876 verdankt. Im Verlaufe wurden auch andere Anwälte, von denen dem Obergericht bekannt war, dass sie wissenschaftlichie Studien gemacht, auf ihr Verlangen auf die Liste der amtlichen Verteidiger und Armenanwälte gesetzt. Demnach betrug die Zahl der wissenschaftlich gebildeten Parteivertreter:

	Mitglieder des Advokatenvereins	Substituten solcher (Stagiaires)	Andere Anwälte
1885	24	—	12
1886	25	—	13
1887	23	5	13
1888	20	5	14
1889	20	4	16
1890	27	5	12
1891	26	7	13
1892	26	5	12
1893	24	7	18
1894	26	7	18
1895	25	6	20
1896	33	8	19
1897	36	7	16

Die ungezählten übrigen Parteivertreter gehörten meist zur Klasse derjenigen, denen die zur Ausübung des Berufes notwendige Fachbildung gänzlich abging.

In einer Herbstversammlung des zürcherischen Hochschulvereins, am 30. Oktober 1886, regte Obergerichtspräsident Dr. Sträuli die Wiedereinführung eines vor dem Obergericht abzulegenden Staatsexamens an, das ausschliesslich zur Füh-

rung des Titels Advokat berechtigen würde. Im übrigen sollte der Grundsatz der Freigebung der Vertretung vor Gericht nicht angetastet werden. Der Anregung wurde keine weitere Folge gegeben, weshalb hier auf die überaus reichhaltige Berichterstattung nicht näher eingetreten wird.[14])

Die Uebelstände lagen eben nicht nur im Mangel an beruflicher Bildung, sondern auch im Mangel der nötigen sittlichen Eigenschaften bei vielen der unberufenen Parteivertreter.[15])

Den ersten Anstoss gab eine Motion *Curti,* welche die Frauen zur Anwaltspraxis zulassen wollte, gleichzeitig mit einer gesetzlichen Regelung der Voraussetzungen zur Ausübung dieses Berufes überhaupt. Der Kantonsrat erklärte diese Motion am 23. Februar 1892 für erheblich. Dazu kam die am 26. Februar 1895 erheblich erklärte Motion *Wolf* auf Revision des Rechtspflegegesetzes, insbesondere auch zur Beseitigung der Auswüchse der Advokatur. Schutz der rechtsuchenden Parteien gegen rechtsunkundige Parteivertreter und gegen Ueberforderung verlangte auch eine am gleichen Tag eingereichte Petition des Vorstandes des kantonalen landwirtschaftlichen Vereins. Endlich kam ein Initiativbegehren zustande, das in einer ausgearbeiteten Vorlage Aenderungen im Prozessverfahren und die Neuordnung der Advokatur im Sinne der Motion *Curti* enthielt. Dieses Initiativbegehren, das schon wegen der äussern Form der Gesetzesvorlage vom Kantonsrat abgelehnt werden musste, unterlag in der Volksabstimmung vom 27. Juni 1897. Inzwischen aber hatte der Regierungsrat, und zwar schon am 3. Juli 1896, den Entwurf eines Gesetzes betreffend Ausübung des Rechtsanwalts-

---

[14]) *Sträuli, E.,* Wiedereinführung eines Staatsexamens für Juristen im Kanton Zürich, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge Bd. VI, S. 230—251.

[15]) Vgl. insbesondere Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1891, S. 156.



berufes eingebracht. Die Beratungen wurden nach Verwerfung der Initiative wieder aufgenommen und so gefördert, dass das Gesetz am 3. Juli 1898 zur Volksabstimmung gebracht werden konnte. Die Gesetzesvorlage wurde mit 24 355 bejahenden gegen 17 705 verwerfenden Stimmen angenommen, die Sonderabstimmung über die Zulassung von Frauen ergab 21 787 Ja gegen 20 122 Nein.

Die hauptsächlichsten Bestimmungen dieses Gesetzes sind folgende:

1. Das Recht zur berufsmässigen Führung von Zivil- und Strafprozessen steht nur handlungsfähigen Schweizerbürgern zu, welche vom Obergericht auf Grund einer Prüfung den Befähigungsausweis erworben haben. Schweizerbürgerinnen sind den Schweizerbürgern gleichgestellt.

Vorbehalten bleiben:

a) Die Freizügigkeitsbestimmungen der Bundesverfassung.
b) Die Berechtigung des Obergerichts, Bewerbern, die auf Grund ihres Bildungsganges und ihrer bisherigen praktischen Tätgkeit für den Anwaltsberuf als geeignet erscheinen, die Prüfung ganz oder teilweise zu erlassen. Das ist eine Festtagsbestimmung, es wurde daher noch eine Uebergangsbestimmung geschaffen, wonach
c) Personen, die bei der Annahme des Gesetzes mindestens zwei Jahre bei den Zürcher Gerichten den Beruf in befriedigender Weise ausgeübt hatten und imstande waren, sich über Studien auszuweisen, die Prüfung erlassen werde. Auf diesem Wege erlangten in einem Schub 97 Personen die Anwaltsberechtigung (Rechenschaftsbericht 1898).

Zur Prüfung wird zugelassen, wer den Ruf der Ehrenhaftigkeit und Zutrauenswürdigkeit geniesst und ein Jahr lang bei einem Gerichte oder Anwalt des Kantons tätig gewesen war.

Die Prüfung besteht aus einer schriftlichen Klausurarbeit, einer mündlichen Prüfung und der Führung eines Probeprozesses.

Das Obergericht ist Aufsichts- und Disziplinarbehörde, es erlässt den Gebührentarif und übernimmt die Prüfung der Anwaltsrechnungen.

Die Anwälte sind verpflichtet, die Vertretung von Parteien, denen das Armenrecht bewilligt ist, zu vertreten. Sie werden dafür aus der Gerichtskasse in billiger Weise entschädigt.

Die weitere Ausführung dieses Gesetzes gehört der Gegenwart an.

* * *

Der kurze Gang durch die Geschichte der zürcherischen Advokatur hat uns gezeigt, wie in dem kleinen Freistaat alle möglichen Ordnungen dieses Berufes ausprobiert worden sind, von der geschlossenen Zahl der Ratsredner bis zur gänzlichen, fast bedingungslosen Freigabe. Nur eine Grundlage blieb unangetastet, die Ablehnung jeglichen Anwaltszwanges, was ja seinerzeit mitbestimmend war für die Lostrennung vom deutschen Reiche. In den Zeiten, da der Berufsstand mit einer wilden Invasion um Ehre und Ansehen und Existenz zu kämpfen hatte, suchten und fanden die Träger der guten alten Tradition einen Rückhalt in einer eigenen Organisation und Selbstdisziplinierung. Was die Gesetzgebungen des Auslandes den Anwälten gewährt, der inländische Gesetzgeber aber nie versucht hat, wurde auf dem Wege der Freiwilligkeit geschaffen.

Das nächste Entwicklungsmoment wird sein das Aufgehen der kantonalen Anwaltsstände in einen schweizerischen Anwaltsstand; die fortschreitende Rechtseinheit ermöglicht und erfordert es. In seinem Innern aber wird sich auch der Anwaltsstand den Anforderungen der Zeit, dem Postulat der Sozialisierung, nicht entziehen können. *Schauberg* hat in

seinem im Eingang zitierten Aufsatze davon gesprochen, dass die Entwicklung der Advokatur zum besoldeten Staatsamt im Wesen der Demokratie liege und die überall geforderten und errichteten unentgeltlichen Rechtsauskunftsstellen bedeuten ja einen Schritt in dieser Richtung. Das Wesentliche ist natürlich, dass der Anwalt selber in der Auffassung seines Berufes von sozialem Fühlen und Denken getragen sei, durchdrungen von der Ueberzeugung, stets im Dienste der Rechtspflege und damit der öffentlichen Wohlfahrt zu stehen. Das mag ihn in seinem engern Kreise darüber hinwegheben, dass seinem Wirken jener gewaltige Resonnanzboden fehlt, dessen die Kollegen in den Hauptstädten der grossen Reiche sich erfreuen.

Zur Revision des schweizerischen Checkrechts.

Von Professor Dr. **Georg Cohn.**

Einleitung.

Die Schweiz steht vor der grossen Aufgabe der Ergänzung ihres soeben geschaffenen Zivilgesetzbuchs. Dem monumentalen Neubau, der mit *Eugen Hubers* Namen unauflöslich verknüpft ist, soll als Seiten- und Schlussflügel das vor etwa einem Menschenalter von *Walther Munzinger* und *Heinrich Fick* geschaffene Obligationenrecht mit einer nur leichten Renovation angegliedert werden. Der die Ergänzung betreffende Gesetzesentwurf ist mit Botschaft des Bundesrates vom 3. März 1905 an die Bundesversammlung gelangt: er hat in der juristischen Literatur nur verhältnismässig geringe Beachtung gefunden und unterliegt seit wenigen Monaten den Beratungen einer grossen Kommission.

Zu den Titeln des Obligationenrechts, die nicht ganz unverändert in das neue Gesetzbuch hinübergenommen werden sollen, gehört auch der bisherige Titel XXX über den Check. Dieser Titel bildet nunmehr den 5. Abschnitt des 52. Titels („Die Wertpapiere"). Die Zahl der früheren 8 Artikel (830—837) ist um einen vermehrt; sie führen jetzt die Zahlen 1709—1717. Als Aenderungen hebt die Botschaft S. 52 zwei Zusätze und drei Modifikationen hervor.

Von literarischen Erörterungen über das revidierte Checkrecht des Gesetzesentwurfs vom 3. März 1905 sind uns nur zwei bekannt geworden. Einerseits ein Aufsatz Dr. *Otto Zollers* in Basel „Der Check im Schweizer Rechtssystem" (in der Schweizerischen Jur. Zeitung vom 1. resp. 15. Juli 1906, Jahrg. III, S. 1—4, 21 u. 22); *Zoller* hat übrigens das Verdienst, die erste Monographie über den Check des Schweizerischen Obligationenrechts veröffentlicht zu haben (Frauen-

feld 1885). Andererseits die von Oberrichter Dr. *Wächter* redigierten „Kritische Bemerkungen" der Zürcher Handelskammer „zur Revision des Schweizerischen Obligationenrechts" (in den wirtschaftlichen Publikationen der genannten Kammer, Heft 4, Zürich 1906, S. 60). Wie *Zoller* a. a. O. S. 21 berichtet, hat auch die Basler Handelskammer einen Abänderungsvorschlag — übrigens nur bezüglich der formellen Vorfrage der Verweisung zur Spezialgesetzgebung — gestellt.

Uebrigens ist schon vor dem Gesetzesentwurf vom 3. März 1905 die Reformbedürftigkeit des Schweizerischen Checkrechts wiederholt hervorgehoben worden. So von Dr. *Fritz Fick* in seiner umfassenden Arbeit über die Frage der Checkgesetzgebung auf dem europ. Kontinent, 1897 (S. 200, 206, 213, 274, 323, 336, 384 und 412) und vom Verfasser dieser Zeilen im H. W. B. der schweizerischen Volkswirtschaft, 1903, Bd. I, S. 723. Auch auf dem schweizerischen Juristentag zu St. Gallen im Jahre 1900 erklärte der Referent *Janggen* wörtlich: „*Ganz unausgebildet* ist das Checkrecht; wir erinnern hier speziell an die *zu schwache* Bestimmung des Art. 831; an die *ungelöste* Frage, ob ein Check überhaupt präsentiert werden muss; an die Frist für Auslandchecks, an eine gesetzliche Regelung der Rechte des Wechsel- und Checkinhabers auf die Deckung im Konkurs des Trassanten usw." (Z. f. s. R., Bd. 41, S. 657).

Sodann ist von *Wieland* auf dem Juristentag zu La Chaux-de-Fonds i. J. 1904 bemerkt worden, dass „der Gesetzgeber sich schwerlich mit der *Revision* des *Wechsel*rechts begnügen würde; er würde vielmehr sämtliche Wertpapiere, *insbesondere* das aufblühende und stetsfort an Bedeutung zunehmende Institut des *Checks mit einbeziehen*" (Z. f. s. R. 45, S. 513).

Dernburg behauptet in seinem bürgerlichen Recht des deuschen Reichs (II, § 239) sogar, dass sich die schweizerische Regelung des Checkverkehrs nicht bewährt habe und nur des-

halb nicht besonders schädlich für den Verkehr der Schweiz wirke, weil dieser Verkehr sie nicht beachte, ein Urteil, das als zu streng zu erachten ist. Richtig ist allerdings, dass „die gemeine verbriefte Anweisung von Kaufleuten und Bankiers häufig an Stelle des Checks oder Wechsels verwendet wird, ohne dass man sich des Unterschiedes bewusst war, dass was in Basel insbesondere im Bankverkehr „Check" genannt wird, meist gewöhnliche, den Erfordernissen von Titel XXX des Obligationenrechts *nicht* entsprechende Anweisungen sind" (*Wieland,* 1902 im Arch. f. d. zivilist. Praxis 95, S. 174 n. 23), und dass häufig auch anderwärts das Datum nicht in Worten ausgeschrieben worden ist.

Das gilt aber doch zumeist wohl nur für die Vergangenheit; wenigstens erkennt *Zoller* (S. J. Z. III, S. 2) ausdrücklich an, dass auch die Bankhäuser immer mehr zum eigentlichen Check greifen und den Formularen, welche sie ihren Kunden zum Gebrauche einhändigen, die im Titel XXX, Obligationenrecht vorgesehene, wechselmässig verpflichtende Form geben.[1])

§ 1. Abschaffung oder Reform.

Ehe auf die Abänderungen des revidierten Entwurfs selbst eingetreten werden kann, sind noch drei Vorfragen kurz zu berühren. Zunächst ist zu prüfen, ob nicht alle checkrechtlichen Normen einfach abzuschaffen sind. Diese radikale Lösung ist allen Ernstes befürwortet worden. So verfocht *Zoller* im Jahre 1885 die Ansicht, dass der Check des schweiz. Rechts in unserer Rechtsordnung logischerweise keinen Raum habe, und er schloss seine Abhandlung S. 37 mit dem Satze: „Der Check des S. O. R. hat dagegen keine beson-

---

[1]) Neuerdings wird (in der „Neuen Zürcher Zeitung" vom 13. Juli 1908, No. 193, Mitteilungen aus dem Publikum) darüber geklagt, dass bezüglich der Datierung in Worten die schweizerische *Nationalbank* wie die *Postverwaltung* „sich konsequent des gleichen Verstosses gegen das Gesetz schuldig machen". Vgl. auch *Kirschberg,* der Postcheck, S. 102, und unten S. 94.



dere Aufgabe und wäre deswegen entbehrlich." Auch *Fr. Fick* kommt 1897 in seiner eingehenden Monographie „im grossen und ganzen zu der *Verneinung* der Zweckmässigkeit einer Checkgesetzgebung" (Vorwort, p. VI); S. 146 *leugnet* er für die Schweiz nicht nur das *Bedürfnis* der gesetzlichen Regelung des Checkwesens *rundweg*, sondern er geht sogar noch weiter, indem er eine *Abschaffung* des bestehenden Checkgesetzes für *wünschenswert* hält und sie selbst einer Verbesserung desselben vorziehen würde (übrigens mit der in ihrer Allgemeinheit schliesslich jedes neue Gesetz treffenden Begründung: „pessimae leges, plurimae leges"); S. 448 endlich fasst er das gefundene Resultat seiner kritischen Untersuchungen im wesentlichen dahin zusammen, dass für die Schweiz ein Checkgesetz *überflüssig* sei, dass die Erklärung der Stempelfreiheit aller Sichtpapiere völlig dem Bedürfnis genügen würde, dass übrigens die einzelnen checkgesetzlichen Bestimmungen im ganzen zweckentsprechend schienen.

Es ist nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, dass *Zoller* seine erste Arbeit dem verdienten Redaktor des O. R., Prof. *Heinrich Fick*, zugeeignet, und dass dem Andenken desselben hervorragenden Juristen auch Dr. *Fritz Fick* sein Werk gewidmet hat, letzterer unter Hervorhebung seiner grossen Freude, sich in dieser Grundfrage mit seinem verstorbenen Vater einig zu wissen. In der Tat hat der letztere wiederholt die Ansicht verfochten, dass der Sichtwechsel das Bedürfnis des Verkehrs genügend befriedige (vgl. *F. Fick*, S. 91). Er hat dies auch dem Verfasser dieser Zeilen gegenüber i. J. 1879 mündlich erklärt. Auf den Einfluss *Heinrich Ficks* scheint es endlich auch zurückzuführen, dass *Walther Munzinger*, der Redaktor des ersten Entwurfs eines eidgen. Obligationenrechts, von Spezialnormen über den Check Abstand nahm, obwohl er doch noch 1864 in seinen Entwürfen eines Handelsgesetzbuches die beiden Check-Paragraphen 443 und 444 eingestellt hatte (vgl. *F. Fick* S. 90 und 91).

Es soll hier nicht näher untersucht werden, auf wessen Anregung die gesetzliche Regelung des Checks im Obligationenrecht dennoch erfolgt ist; der jüngere *Fick* glaubt (S. 91), dass Bundesrat *Welti* der Anregung nicht fern gestanden habe; meines Erachtens dürfte auch ein gewisser Einfluss *Bluntschlis* nicht ganz ausgeschlossen sein.

Wenn sich die Eidgenössischen Räte gegen die Ansicht *Heinrich Ficks* schon zu einer Zeit entschieden, in der der schweizerische Checkverkehr noch in den ersten Anfängen sich befand, so scheint es heut ganz ausgeschlossen, auf jene Wünsche zurückzukommen, zu einer Zeit, in der der Bank- und Postcheckverkehr, sowie die Abrechnungsstellen auch in der Schweiz einen doch recht erheblichen und voraussichtlich immer weitersteigenden Aufschwung genommen haben. Betrug doch allein bei der Schweizerischen Kreditanstalt im Jahre 1901 der Gesamtumsatz auf Checkkonto über 1114 Millionen, wobei freilich die in Soll und Haben gegebenen Zahlen zusammen gezogen sind (vgl. im H.W. B. der Schweiz. Volksw. Artikel „Checkwesen").

Aus diesen Gründen hat denn auch *O. Zoller,* mit Rücksicht auf die heutige ganz andere Gestalt der Frage, seine These von der Entbehrlichkeit eines Schweizerischen Checkgesetzes nunmehr (in der S. J. Z. III, S. 2 ff.) zurückgezogen und die wesentlich unangetastete Uebertragung des Titel XXX in den revidierten Entwurf des Obligationenrechts als durchaus berechtigt anerkannt. *Zoller* spricht a. a. O. noch die Vermutung aus, dass heute auch *Fritz Fick* der Abschaffung des Titel XXX nicht mehr das Wort reden werde.

Es würde eine solche Abschaffung auch in hohem Masse der Rechtssicherheit Abbruch tun und den Verkehr schädigen, der aufs dringendste kurzer Präsentationsfristen und des strengen Regresses bedarf, während doch das Recht des Sichtwechsels jener kurzen Frist, das Recht der Anweisung aber des strengen Regresses entbehrt. Jener Ruf nach Abschaffung hat auch

auf dem schweizerischen Juristentag niemals ein Echo gefunden. Gerade jetzt aber wäre die Abschaffung um so unbegreiflicher, als soeben Oesterreich (am 3. April des vorvorigen Jahres) und das deutsche Reich (am 11. März dieses Jahres) sich nach 30jährigem Prüfen und Zaudern zur Schaffung ausführlicher Checkgesetze entschlossen haben, die Schweiz mithin nunmehr ringsum von Nachbarstaaten umschlossen ist, die die Kodifikation des Checkrechts für unentbehrlich erkannt haben. Die Schweiz würde mit der Abschaffung ihres Checkrechts sich aber nicht nur mit dem Rechte aller ihrer vier Nachbarn, sondern auch mit den Gesetzgebungen so ziemlich sämtlicher Kulturstaaten in Widerspruch setzen, denn ausser Frankreich, Italien, Deutschland und Oesterreich besitzen auch England, Belgien, Dänemark, Schweden, Norwegen, Spanien, Portugal, die Niederlande, Bulgarien, Japan, Aegypten, Peru, Argentinien und Costarica, sowie die meisten der Vereinigten Staaten Nordamerikas Spezialnormen über den Check, und auch in Russland und Ungarn sind Entwürfe ausgearbeitet.

§ 2. Zivilgesetzbuch oder Spezialgesetzgebung.

Eine zweite Vorfrage, die von *Zoller* in der S. J. Z. aufgeworfen und eingehend erörtert, ja Seite 22 als *„wichtigste Forderung“* von ihm erhoben wird, betrifft die Zuweisung des Checkrechts an jene handelsrechtliche Spezialgesetzgebung, welche der Bundesratsentwurf für Aktiengesellschafts-, Genossenschafts- und Wechselrecht vorbehalten hat. Während die Aufnahme ins *Zivil*gesetzbuch vom Bundesrat vorgeschlagen wird, ist für die *Spezial*gesetzgebung die Basler Handelskammer und besonders eingehend *Zoller* eingetreten. Er ist „ganz entschieden der Meinung, dass der Check einen unablösbaren Bestandteil des Wechselrechts enthält, und dass seine Uebernahme in das Obligationenrecht einen *Missgriff*

bilden würde, der nicht stattfinden darf". Als „durchschlagende Gründe" für seine Meinung führt er an, dass

1. die formelle Wechselstrenge auf den Wechsel und Check beschränkt sei. Das ist natürlich zutreffend, aber für die vorliegende Frage nicht entscheidend; die besondere Art der Betreibung, die abgekürzten Fristen, bezüglich deren Check und Wechsel durchaus gleichstehen, treten für das materielle Recht — und um dieses handelt es sich doch eben bei dem Zivil- und Handelsgesetzbuch — ganz zurück.

2. dass fast alle Bestimmungen über den gezogenen Wechsel auch für den Check gelten, dass 69 Normen über den Check in dem Wechselgesetze und nur 9 im Zivilgesetzbuche zu finden seien; die Trennung sei daher, schon rein äusserlich betrachtet, unzweckmässig, aber auch innerlich nicht begründet, weil der Check formell und materiell mit dem strengen Wechselrecht ausgestattet sei und fast allen Regeln der Sichttratte folge.

Nun ist gewiss eine grosse Aehnlichkeit, besonders in der äussern Form, vorhanden; aber Wechsel und Check sind, wie *Wieland* (Z. f. s. R. 45, S. 514) treffend bemerkt, „zwei ähnliche, aber trotzdem in manchen Stücken *grundverschiedene* Institute; ihr Verkehrszweck ist ein gänzlich verschiedener, und diese zunächst nur *wirtschaftliche* Verschiedenheit kommt auch in der *rechtlichen* Ausgestaltung zum Ausdruck, meist in der Art, dass dieselben Einrichtungen in abweichender Weise geregelt werden".

Wäre aber selbst die Aehnlichkeit noch weit grösser, als sie es in der Tat ist, so ist sie für die vorliegende Frage doch nicht als ausschlaggebend zu erachten. Zwar hat in England und in den meisten der Vereinigten Staaten der Gesetzgeber sich für eine solche gemeinsame Regelung von Check und Wechsel in der Bill of Exchange Act respektive im Negotiable Instruments Law entschieden; aber das anglo-amerikanische Recht sieht

eben, im Gegensatz zu allen kontinentalen Rechten Europas, im Check wirklich nichts als eine Unterart des Sichtwechsels. Die übrigen Staaten aber haben, soweit nicht etwa gerade eine Kodifikation des gesamten Handelsrechts vorbereitet wurde, zumeist die äusserliche Verbindung von Checkgesetz und Wechselordnung vermieden und sich mit einem Check-Spezialgesetze begnügt; so Frankreich, Belgien, die drei skandinavischen Staaten, Deutschland und Oesterreich. In allen diesen sieben Spezialgesetzen wird auf die analoge Anwendung von Wechselnormen verwiesen, die sich *nicht* im Checkgesetz selbst befinden. Das mag ja bei der Benützung des Gesetzes etwas unbequem sein; aber grössere Uebelstände entspringen daraus schwerlich Es sind auch keine Klagen darüber laut geworden, und der ganze Nachteil lässt sich literarisch durch Kommentare oder etwa buchhändlerisch durch eine kombinierte Ausgabe, wie die der 5 Codes Frankreichs, ja schlimmstenfalls buchbinderisch beseitigen. Solche kleine Unbequemlichkeiten bestehen überall, wo es nicht ein Universalgesetzbuch gibt, wie es etwa das preussische Landrecht war, und auch dieses war nicht ganz vollständig, da ihm die Gerichtsordnung fehlte, und auch dieses ersparte durch seine 4 Bände das Nachschlagen in mehreren Büchern nicht ganz. Und sehen wir uns nicht auch heut in der Schweiz und bei Benützung des geltenden Obligationenrechts vielfach auf andere eidgenössische und kantonale Gesetzbücher, insbesondere auf das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, verwiesen? Ich erinnere nur an Obligationenrecht 720.

Uebrigens weist *Zoller* selbst auf die Aehnlichkeit der *Ordreanweisvng* mit der Tratte hin und macht sich selbst den Einwand, dass diese Aehnlichkeit zu einer gleichartigen Behandlung der Ordreanweisung und des Checks (also doch wohl zu einer Eliminierung auch der Ordreanweisung aus dem Titel über die Wertpapiere) führen könnte. Diesen Einwand sucht er dann freilich durch die an sich ja ganz richtige

Tatsache zu entkräften, dass die formelle Wechselstrenge der Ordreanweisung versagt sei; aber auch hier scheint er, wie S 82 bereits berührt, die Bedeutung prozessualer Besonderheiten für das materielle Recht zu überschätzen.

3. *Zoller* weist ferner darauf hin, dass der Check ebensoviele dem Rechtsunkundigen unverständliche oder doch schwierige technische Feinheiten in sich berge, als der Wechsel, den doch der Verfasser des Entwurfs gerade deshalb dem Spezialgesetz überlassen wollte. Das trifft allerdings zu, und die Konsequenz scheint es zu erfordern, Wechsel und Check um dieses Grundes gleich zu behandeln. Aber rechtfertigen denn wirklich die sogenannten technischen Feinheiten und Schwierigkeiten den Ausschluss des Wechselrechts aus der Kodifikation und die Ueberweisung an ein Spezialgesetz? Das scheint zu verneinen. Wäre der Grund aber zwingend, so wäre noch so manches andere Institut aus dem Zivilgesetzbuch auszuschliessen; denn dem jungen Rechtsbeflissenen, und das gilt wohl auch für den Nichtjuristen, ist der Wechsel und Check, den man körperlich zur Anschauung bringen kann, weit leichter verständlich als etwa die Kompensation, zumal bei der Kollektivgesellschaft, oder die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung.

4. Endlich führt *Zoller* für die Belassung des Titel XXX beim Wechselrecht noch das Argument ins Feld, dass bei einem Spezialgesetz die Revision, deren der Check in einzelnen Punkten bedarf, leichter durchzuführen sei. Auch dies ist richtig, aber doch nur, sofern die Kodifikation sich nicht die Zeit nehmen, kann, ihr Werk in allen Teilen gründlich zu gestalten, wenn die Beratung der einzelnen Titel vielmehr übers Knie gebrochen werden muss. Aber liegt denn dieser Fall wirklich vor? Und ist nicht der Revision gerade des Checkrechts durch die schweizerische und ausserschweizerische Literatur und insbesondere durch die jüngsten Checkgesetze des nördlichen und östlichen Nachbars der Schweiz so gründlich

vorgearbeitet worden, dass sie nicht auch im Rahmen des Zivilgesetzbuches in wenigen Beratungstagen leicht durchzuführen wäre? Träfe jenes Argument der *leichteren Durchführbarkeit* einer Spezialgesetzgebung wirklich zu, so müsste man nicht der Verbindung des Titels XXX mit dem Wechselrecht, sondern einen ausschliesslich dem Check allein gewidmeten Spezialgesetz das Wort reden; so weit geht aber *Zoller* nicht.

5. Gegen die Aufnahme des Checkrechts in das Zivilgesetzbuch lässt sich noch mit den beiden Referenten des Juristentags v. J. 1900 (*Jenggen* und *Grenier*, a. a. O., S. 667 und 707) anführen, dass das Checkrecht, wie alle dem Handel zugehörigen oder doch nahestehenden Institute mehr im Fluss und daher früher revisionsbedürftig sei, als das eigentliche Zivilrecht, dass es daher im Interesse einer längeren unveränderten Geltung des Zivilgesetzbuches liege, es nicht mit Materien, die schneller revidiert werden müssen, zu belasten. Aber auch diese Erwägung kann nicht entscheidend sein. Bietet uns doch die neueste Rechtsgeschichte Beispiele genug, in denen handelsrechtliche Institute Jahrzehnte lang so gut wie keine gesetzgeberische Aenderung erfahren haben — es sei nur an das schweizerische Aktienrecht, das belgische Checkrecht, das deutsche Firmen- und Prokurenrecht erinnert — und in denen andererseits in das Zivilgesetz eingegriffen werden musste; man denke nur an das französische Ehescheidungsrecht und an die beiden Aenderungen, die das noch kein Jahrzehnt alte deutsche B. G. B. (durch das Vereinsgesetz und in dem berühmten Tierhalterparagraphen) erfahren hat. Diese Erfahrungen drängen dazu, der grösseren oder geringeren Veränderlichkeit der Rechtssätze für die vorliegende Frage nur eine geringe Bedeutung beizulegen.

Ueberhaupt ist es mehr eine Sache der gesetzgeberischen Eleganz und Opportunität, ob man gewisse Normen diesem oder jenem Gesetz einfügen will. *Wieland* a. a. O. S. 575 spricht sogar von der „in neuer Zeit etwas *übertriebenen*

Wertschätzung dieser Faktoren" (Anordnung, Stellung und Verlegung in ein Spezialgesetz). Jedenfalls ist es in Hinblick auf die nicht sehr grosse Erheblichkeit der ganzen Frage viel zu weitgehend, hier von einem „Missgriffe" zu sprechen, „der nicht stattfinden darf".

Legt man der Frage aber überhaupt eine Wichtigkeit bei, so sollte man auch einen Vorteil zu erwähnen nicht vergessen, den die Aufnahme des Checkrechts in das Zivilgesetzbuch mit sich führt: Es ist der Vorteil der *Beschleunigung* der Revision. Das Zivilgesetzbuch soll ja in drei Jahren und wenigen Monaten in Kraft treten; lässt man den Titel XXX, wie bisher, im O.-R., so ist seine Revision — und *Zoller* hält ja den Check in einzelnen Punkten für revisionsbedürftig — innerhalb dieser Frist gesichert; andernfalls kann die Verbesserung vielleicht noch recht lange auf sich warten lassen.

Es sei noch erwähnt, dass *Janggen* auf dem Juristentag 1900 sich in seinem Referat (S. 612) zwar auch für Ueberweisung von Check, Wechsel und noch anderen Instituten in die Spezialgesetzgebung aussprach, aber doch zugleich erklärte, sich nicht darauf „versteifen" zu wollen, dass alle diese Institute oder nur diese auszuscheiden seien.

§ 3. Schweizerisches oder Weltcheckrecht.

Eine letzte Vorfrage ist es, ob nicht die Schweiz, statt ein besonderes nationales Checkrecht beizubehalten, sich den auf Herstellung eines Weltcheckrechts gerichteten Bestrebungen anzuschliessen vermag. An und für sich ist eine möglichste Annäherung ja in hohem Masse wünschenswert. Ist doch der Check, wie sein älterer Bruder, der Wechsel, ein Weltwanderer, der von Land zu Land seinen Lauf und zuweilen leider auch seinen Rücklauf nimmt. Welche unerquickliche Prozesse sich hierbei aus der Verschiedenheit der einzelnen nationalen Checkrechte ergeben können, ja müssen, liegt auf der Hand.

Es ist bekanntlich schon vor 20 Jahren in der vom König der Belgier zur Vereinheitlichung des Handelsrechts nach Antwerpen resp. Brüssel zusammenberufenen Konferenz ein Entwurf einer Weltwechselordnung, die sog. loi type, ausgearbeitet worden, die am Schluss auch zwei Paragraphen über den Check enthält. Jene loi type ist im wesentlichen ein Blatt Papier geblieben, und nur wenige, dem deutschen Wechselrecht sich anschliessende Prinzipien derselben haben in der Gesetzgebung einzelner Länder, — so z. B. die Beseitigung des Requisits der distantia loci in dem französischen Gesetz von 1894, — Anerkennung gefunden; vollständig einflusslos jedoch blieben jene beiden Weltcheckrechts-Paragraphen, die freilich auch recht unglücklich abgefasst waren.

Aber der Gedanke des Weltcheckrechts selbst war mit jenem Misserfolg nicht ganz zu Grabe getragen. Was unter sämtlichen Kulturstaaten sich zunächst wenigstens nicht ausführen liess, konnte doch wohl unter einer kleinen Anzahl von Ländern sich herstellen lassen. Das war auch der Gedanke des Mitteleuropäischen Wirtschaftsvereins, jener Vereinigung, die hauptsächlich der Initiative des früheren Zürcher, jetzt Breslauer Nationalökonomen Professor Dr. *Julius Wolf* ihre Gründung und Ausbildung zu verdanken hat. Auf die Anregung jenes Wirtschaftsvereins und unter der fördernden Unterstützung der ungarischen Regierung, besonders des Ministerpräsidenten Dr. *Weckerle,* trat im November vorigen Jahres in Budapest die sog. *Check-Konferenz* zusammen, über deren Verlauf vom Verfasser an anderer Stelle (im Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 1, Heft 4) eineingehender berichtet worden ist. Jene Konferenz, deren eigentliche Seele der um das deutsche Checkgesetz so sehr verdiente Geheimrat Professor Dr. *Riesser* aus Berlin war, erstrebte als nächstes Ziel die tunlichste Uebereinstimmung der damals noch im parlamentarischen Beratungsstadium befindlichen Gesetzesentwürfe des deutschen Reichs und Ungarns

mit dem im Jahre zuvor erlassenen österreichischen Checkgesetz vom 3. April 1906, und die Konferenz hat den Triumph, dass ihre Beschlüsse zum grossen Teil in das deutsche Checkgesetz — unter Abänderung der Bestimmungen des Entwurfs — materiell übergegangen sind. Auch für Ungarn besteht die begründete Aussicht, dass das zur Beratung stehende Gesetz fast durchaus im Sinne jener Konferenzbeschlüsse gestaltet wird, sodass die drei Reiche Deutschland, Oesterreich und Ungarn mit zusammen über 110 Millionen Einwohnern, wenn auch nicht kraft formellen völkerrechtlichen Vertrages, so doch kraft ihrer nationalen Gesetzgebung sich im grossen und ganzen bald eines materiell ziemlich gleichen Checkrechts erfreuen dürften.

Es ist nun schon in Budapest von dem bekannten Meister des Versicherungsrechts Professor Dr. *Ehrenberg* aus Göttingen die Hoffnung geäussert worden, dass die *Schweiz* sich auch vielleicht später dem von der Konferenz meist adoptierten Standpunkte des österreichischen Gesetzes anschliessen werde (S. 45 des stenogr. Berichts über die Checkkonferenz, Berlin 1908), und auch das Vorwort des stenogr. Berichts p. XI gibt dieser Hoffnung Ausdruck, „dass die in Budapest gepflogenen Verhandlungen nicht nur bei der Checkgesetzgebung in Deutschland und Ungarn — und vielleicht auch in Oesterreich in Gestalt eines Nachtrages zum Gesetze vom Jahre 1906 — Früchte trage, sondern auch bei künftigen gesetzgeberischen Massnahmen auf dem Gebiete des Checkrechts Berücksichtigung finden möge". (Vg. A. f. R. u. W. Philos. a. a. O.)

Es liegt daher nahe, bei der Revision des schweizerischen Checkrechts auch die Beschlüsse jener Konferenz, resp. die ihr ganz nahestehenden Bestimmungen des deutschen und österreichischen Checkgesetzes in Betracht zu ziehen. Wurde doch auch bezüglich der Revision des schweizerischen Wechselrechts auf dem Juristentag zu La Chaux-de-Fonds die Tendenz ausgesprochen, sich dem Rechte der grossen Nach-

barreiche möglichst zu assimilieren. Aber freilich, das deutsch-österreichisch-ungarische Checkrecht ist — von den kleinen Divergenzen der drei Gesetze ganz abgesehen — noch lange kein Weltrecht, vielmehr wieder recht verschieden von den Checkgesetzen der beiden andern Nachbarn der Schweiz, vom Checkrecht Frankreichs und Italiens, — von den Gesetzen der entfernteren Staaten, insbesondere Englands, ganz abgesehen.

Nun ist es zwar richtig, dass die Anziehungs- und Expansionskraft des deutsch-österreichischen Rechts mit dem Anschluss eines jeden Staates etwas grösser wird; aber bei den nun doch einmal vorhandenen Divergenzen des deutschen und österreichischen Gesetzes ist, selbst wenn der tunlichste Anschluss gewollt wird, immer noch zwischen diesen beiden zu wählen. Uebrigens sind neue Bestrebungen, zu einem Weltcheckrecht zu gelangen, wieder im Gange; die Handelskammern der grossen Staaten Europas treten noch in diesem Jahre zu einem Kongress in Prag behufs Beratung der Frage zusammen; ein Entwurf wird im Auftrag der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft soeben ausgearbeitet.

§ 4. Checkfreiheit oder Bankprivileg.

Wie das geltende Gesetz hat auch der Bundesratsentwurf von jeder Beschränkung der sog. passiven Checkfähigkeit Abstand genommen und sich damit zu jenem Prinzip der allgemeinen Checkfreiheit bekannt, das auch in Frankreich, Belgien, Skandinavien, Spanien, Rumänien und Japan gilt, während England und die Vereinigten Staaten nur den Banken und Bankiers, Oesterreich ausser diesen nur noch der Postsparkasse die passive Checkfähigkeit zuerkennt. Italien, Holland, Portugal und Malta nehmen eine Mittelstellung ein, indem sie zwar nicht auf jedermann, aber doch auf jeden Kaufmann Checks auszustellen gestatten. Das neue deutsche Check-

gesetz scheint zwar auch dem englisch-österreichischen Recht zu folgen, da nach § 2 nur registrierte Bankierfirmen und gewisse Anstalten als Bezogene bezeichnet werden *sollen;* aber es ist das — im Anschluss an die Budapester Konferenzbeschlüsse — keine zwingende Mussvorschrift, sondern nur eine instruktionelle und durch Stempelzwang verschärfte Soll-Vorschrift, nur eine Art väterlicher Ratschlag, um mit *Breit* zu sprechen. Die Verletzung der deutschen Bestimmung hat nach der herrschenden Ansicht die Ungültigkeit des Nicht-Bankchecks ganz und gar nicht zur Folge; die sog. „wilden" Checks sind vielmehr vollgültig; darüber sind — bis auf *Bernstein* (im Bankarchiv VII, S. 197 und 217) — wohl alle Bearbeiter des deutschen Checkgesetzes *(Apt, Breit, Buff, Heim, Helbing, Henschel, Kuhlenbeck, Merzbacher, Schiebler,* auch [im Bankarchiv VII] *Jacusiel, Riesser* und *Simonson*) einig; auch *Koch* spricht (in der deutschen Wirtschaftszeitung 1908, S. 148) von einer wesentlichen Milderung des vorläufigen Entwurfs.

In der Schweiz hat nun *Zoller* (SJZ III, S. 21, auch S. 1) eine Abänderung des geltenden Rechts, und zwar den Uebergang zum englisch-österreichischen System, mit folgenden Worten vorgeschlagen: „Das Recht, sich als Schuldner im Checkvertrage zu verpflichten, sollte auf *Banken* und auf die *Postanstalt* beschränkt werden. Damit würde der Kredit und die Zirkulationsfähigkeit des Checks ganz wesentlich erhöht und es würde ein *tatsächlicher* Zustand die gesetzliche Sanktion erhalten. Damit würde das Checkwesen erst recht geeignet, im Geschäftsleben die Zahlung durch Verrechnung im grossen Stil zu ersetzen. Diese Einschränkung würde am besten dem ersten Absatz von Artikel 1709 angeschlossen."

Diesem Vorschlage *Zollers* kann *nicht* beigepflichtet werden. Gerade dass in der Schweiz auch ohne gesetzliche Vorschrift der tatsächliche Zustand in einer fast ausschliesslichen Verwendung von Bankchecks besteht — die sogenannten *wilden* Checks begegnen hier wohl nirgends —,

zeigt die Entbehrlichkeit einer solchen Vorschrift, die nicht nur eine „Art Privilegium" für den Bankierstand schaffen, sondern insbesondere die Rechtssicherheit schwer gefährden würde. Zwar nimmt *Zoller* a. a. O., S. 21 an, dass „eine gesetzliche Feststellung des Begriffes „Bank" im Sinne eines Geschäftshauses, das gewerbsmässig dem Geldverkehr dient, kaum eine Schwierigkeit bereiten dürfte." Hierbei scheint aber *Zoller* die Schwierigkeit doch wohl zu unterschätzen. Verfasser hat bereits wiederholt, zuletzt in der Z. f. H. R., Bd. 61, S. 23—30 unter Angabe der Literatur, diese Schwierigkeit nachzuweisen versucht und kann sich an dieser Stelle daher darauf beschränken, daran zu erinnern, dass die Berliner Aeltesten der Kaufmannschaft in ihrem Gutachten vom 2. September 1907, S. 37 wörtlich erklären: „*Oft* z. B. kann es *zweifelhaft* sein, *ob* im Sinne des § 2 der *Bezogene gewerbsmässig Bankiergeschäfte betreibt*", und dass auch *Riesser* im Bankarchiv VI, S. 281 und im Fragebogen des Mitteleuropäischen Wirtschaftvereins S. 99 es betont hat, dass der Begriff der Banken und Bankiers *durchaus kein feststehender* sei, und dass es namentlich *zweifelhaft* erscheinen könne, ob Firmen, welche bloss *nebenher* oder nur zur Unterstützung oder Erleichterung ihres sonst auf *andere* Geschäfte gerichteten Hauptbetriebes Bankiergeschäfte betreiben, als Bankiers im Sinne des § 2 anzusehen wären."

Man denke etwa an die Warenhäuser: ist doch nach *Loeb,* Der Checkgesetzentwurf, 1907, S. 10, das Berliner Warenhaus Wertheim Bankier, das Kaufhaus des Westens aber nicht Bankier! Auch *Bernstein* spricht von *Pseudo*-Bankiers.

Bei dieser Zweifelhaftigkeit des Bankier-Begriffes würde es „in Checkprozessen möglich sein, den Klageanspruch, besonders den skripturmässigen Regress, durch den Einwand der fehlenden Bankiereigenschaft des Bezogenen von sich abzulehnen" (Z. f. H. R. Bd. 61, S. 26). Die von *Zoller* vorgeschlagene Neuerung empfiehlt sich daher nicht oder

doch höchstens, wie in Deutschland, als eine Instruktion, deren Nichtbeachtung die Gültigkeit des Checks nicht beeinflusst. Stempelrechtliche Nachteile aber an die Verletzung jener Instruktion anzuknüpfen, dazu liegt für die Bundesgesetzgebung, so lange kein eidgenössischer Urkundenstempel besteht, kein Anlass vor. Man darf sich auch nicht für die Unschädlichkeit der Beschränkung auf *England* berufen; denn auch in England ist der Begriff der banker umstritten worden. Vgl. *Hart,* The law of banking, 2[d] ed. 1908 p. l. n. a.; „The definition of a banker is elaborately *discussed* in Stafford v. Henry (1899) and in *Morse,* on the law of banking, 4[th] ed., p. 6—11, as well as in many other places. *Great diversity* of view seems to prevail upon the subject.“ *Hart* selbst definiert, und *Frank Tillyard* hat sich ihm in seinem Werke „Banking and negotiable instruments“ 3[th] ed. 1908, S. 3, angeschlossen: „A banker is one who, in the ordinary course of his business, receives money, which he repays by honouring the cheques of the persons from or on whose account he receives it.“ Das kommt darauf heraus, dass der Bankier der gewerbsmässige Auszahler von Checks auf Grundlage empfangenen Geldes ist. Die Beschränkung der passiven Checkfähigkeit auf bankers führt sonach zu dem circulus vitiosus, dass Checks nur auf Personen gezogen werden können, die auf empfangene Gelder Checks gewerbsmässig zahlen (vgl. übrigens auch Z. f. vgl. Rechtswiss. I, S. 450 u. Z. f H. R. 61 n. 39[a]). Ueberdies würde in England auch der Nichtbankcheck immerhin noch als Wechsel gültig sein (*Breit* im B. A. VI, S. 216, No. 1), während er es in der Schweiz mangels der Wechselklausel nicht wäre und auch als wechselähnliches Papier (mangels der Ordreklausel) in den bei weitem meisten Fällen nicht angesehen werden könnte.

Es ist also der *Zoller*sche Vorschlag und das englisch-österreichische Recht in dieser Frage abzulehnen, vielmehr ist bei dem bisherigen Recht der Checkfreiheit zu beharren.

Klagen sind über dasselbe in der Schweiz auch niemals laut geworden.

„Die Verwandlung der faktischen Beschränkung in eine rechtliche" (*Breit* im B. A. VI, S. 216 und 217) ist nicht geboten. Dem Verkehr droht, wie der genannte Autor treffend bemerkt, von den sogenannten wilden Checks keinerlei Gefahr; wenn eine Gefahr besteht, so rührt sie von den ungedeckten, uneingelösten Checks her.

§ 5. Die wesentlichen Erfordernisse des Checks.

1. Der Entwurf Art. 1700 hat an den bisherigen Erfordernissen des Checks nach Art. 830 nur eine Aenderung vorgenommen: „Das Datum soll einer verbreiteten Uebung entsprechend nicht mit Worten geschrieben werden müssen" (Botschaft S. 52). Diese Aenderung, die auch in den Check-Formularen der Post und der Nationalbank bereits Eingang gefunden hat, ist gewiss nur zu billigen; auch *Zoller* nennt sie in der Schw. J.-Z., S. 21 eine „begrüssenswerte Neuerung", da sie einerseits den Gebrauch (vgl. oben S. 79) sanktioniert und mit einer oft bebeklagten Bestimmung bricht, die aus der französischen Novelle vom 19. II. 1874 stammt und dort nur stempelfiskalischen Motiven entspringt. Diese Aenderung ist auch deshalb erfreulich, weil damit die Uebereinstimmung des schweizerischen Rechts mit den bei weitem meisten Checkgesetzen herbei geführt wird.

Da nur das Datum, nicht aber das richtige Datum erfordert wird, sind auch *vor*datierte Checks gültig. Nun ist zwar die Vordatierung eine höchst unerwünschte Geschäftspraxis, da sie die Verlängerung des Checkumlaufs begünstigt. *Buff* nennt sie in seinem Kommentar S. 30 treffend „eine Giftpflanze in unserem Checkwesen". Immerhin ist sie doch ein kleineres Uebel als die Bedrohung der Vor- und Nachdatierung mit Busse, wie dies in Frankreich, Italien, Oesterreich und Belgien der Fall ist (*Apt.,* S. 60). Deutschland hat,

wie England, von solchen Strafdrohungen denn auch mit Recht Abstand genommen; dagegen hat es den falsch datierten Checks die Stempelfreiheit entzogen, ein Mittel, das für die Schweiz, wie schon erwähnt, zurzeit nicht in Frage kommt, das übrigens auch in Deutschland höchst missliche Folgen haben kann, da nicht nur der Vordatierende selbst für die verfallene Abgabe haftet, sondern auch jeder, der sich vor dem Ausstellungsdatum im Inland am Checkumlauf beteiligt, also auch der ehrsame Handwerker, dem der Kunde auf die präsentierte Rechnung einen vordatierten Check statt Zahlung gegeben hat.

2. Die übrigen fünf Essentialien — Checkklausel, Checksumme, Aussteller-Unterschrift, Name des Bezogenen und Zahlungsortsangabe — sind unverändert geblieben, obwohl es erwünscht und möglich gewesen wäre, von diesen noch eines ganz zu streichen und ein anderes erheblich zu erleichtern.

Liegt es doch im Interesse des Verkehrs, so wenig Essentialien als nur möglich aufzustellen, um die Zahl der ungültigen Checks zu verringern, „pour éviter les nullités". Es ist nicht recht abzusehen, warum die Schweiz jenes Prinzip missachten und zwei Momente als wesentlich ansehen sollte, die Deutschland, Oesterreich, Italien, Portugal, Rumänien und der ungarische Entwurf als unwesentlich erkannt haben. Es handelt sich einerseits um die *Angabe des Zahlungsorts* und andererseits um die Ansetzung der *Checksumme* gerade *„in Worten"*.

In ersterer Beziehung genügt die im 2. Absatz des Artikels 170 (§ 31) vorgesehene Bestimmung, dass der Adressort Zahlungsort sei, und für den Fall, dass es auch an einem Adressort fehle, die Aufnahme einer dem deutschen § 5 oder noch besser dem österreichischen § 4 entsprechenden Bestimmung, dass der Ausstellungsort resp. der Sitz (Niederlassungsort) des Bezogenen als Zahlungsort zu gelten habe

(vgl. *Jacusiel* im B. A. VII, S. 283, *Conrad*, Handbuch D. Checkrechts, 1908, S. 119, und *Riesser*, Bemerkungen z. vorläuf. Entwurf, 1908, S. 43). — Mit dieser Bestimmung wäre eine Entscheidung der viel ventilierten Frage nach der Zulässigkeit von *domizilierten* Checks und Zahlstellen zu verbinden (vgl. darüber meinen Aufsatz in Z. f. H. R. 61, S. 68; *Buff*, S. 43 ff.; *Breit* in Holtheim XVII, S. 36, auch B. A. VII, S. 239; *Henschel*, S. 22 ff.; Gutachten der Aeltesten, S. 12; *Conrad*, S. 119; *Merzbacher*, S. 20 u. 21; *Apt*, S. 69; *Kuhlenbeck*, S. 49).

Die Ansetzung der *Checksumme in Worten* entspricht zwar dem schweizerischen wechselrechtlichen Artikel 22 und dem spanischen Checkrecht Art. 535; sie ist aber von der deutschen Wechsel- und Checkgesetzgebung und auch von allen übrigen Checkrechten nicht erfordert und stellt eine Vorsichtsmassregel dar, die man dem Aussteller füglich überlassen sollte. Bemerkt doch schon *Thöl* in seinem Meisterwerk § 47 n. 5 bezüglich der Wechselsumme treffend: „der Gegengrund, ein Irrtum und eine Verfälschung, fänden leichter bei Ziffern als bei Buchstaben statt, ist kein Rechtsgrund und auch in dieser Allgemeinheit unrichtig; es lässt sich z. B. leichter einhundert in eilfhundert als 100 in 1100 verfälschen". Ein Missgriff des schweizerischen Wechselgesetzes zwingt noch nicht, denselben Missgriff auch im Checkgesetz vorzunehmen; so weit geht die Pflicht zur Konsequenz denn doch nicht.

3. Wünschenswerter als die Herübernahme jener wechselrechtlichen Vorschrift wäre die Nachbildung einer anderen Norm des Art. 722; wir meinen die Bestimmung, dass die Selbstbezeichnung (als Check) in den *Text* selbst aufzunehmen sei. Damit würde sich die Schweiz mit dem Checkgesetz der drei skandinavischen Staaten, Oesterreichs und Deutschlands in Uebereinstimmung setzen und ebenso der Möglichkeit einer Entziehung der Checkkraft durch Abschneiden des Randes oder der Ueberschrift, wie der Verwandlung einfacher Anweisungen in Checks durch eigenmächtigen Stempelaufdruck (*Buff*, S. 21) einen wirksamen Riegel vorschieben.

Auch dürfte es sich empfehlen, wie jetzt in Art. 722 die französische und italienische Bezeichnung des Wechsels in Klammern (de change, de cambio) beigefügt ist, in Art 1710 hinter „Check" in Parenthese mindestens die Worte chèque, assegno bancario, zu setzen. Das erfordert die Dreisprachigkeit der Schweiz und auch die verschiedene Schreibart des Schecks. Das deutsche Gesetz § 1 geht noch weiter und hat auf *Hoppenstedts* Vorschlag den generellen Zusatz der D. W. O. Art. 4 Z. 1 über die Ausstellung der Urkunde in einer fremden Sprache herübergenommen, eine Bestimmung die *Breit* (in Holdheims Monatsschrift XVII, S. 34) mit nicht ganz triftigen Gründen als überflüssig und irreführend bezeichnet hat; *Breit* berücksichtigt dabei eben nicht die italienischen und spanischen Synonyma: assegno bancario resp. mandato de pago.

Dass der Entwurf an der bisherigen Schreibweise „Check" im Gegensatz zu *Dudens* Orthographie und dem deutschen Gesetz festhält, ist für die Schweiz ganz berechtigt; immerhin wäre, wie es im ungarischen Entwurf der Fall ist, auch die Schreibart „Scheck" in die Parenthese hinter Check zu setzen, um einer übertrieben strengen Anslegung vorzubeugen, wie *Heim*, S. 8, sie dem deutschen § 1 gegeben hat.

4. Nur zu billigen ist es, dass die Ueberladung des Checks mit Formalitäten vermieden und insbesondere nicht neben der Checkklausel noch die *Guthabenklausel* gefordert worden ist. Die Gesetze Deutschlands und Oesterreichs fordern zwar übereinstimmend ausser der Selbstbezeichnung als Check auch noch die *Bezugnahme* auf das *Guthaben* in der *Urkunde;* aber die Hoffnung, dadurch die Ausstellung ungedeckter Checks zu verhüten, scheint doch sehr sanguinisch. Es sei in dieser Beziehung auf meinen Aufsatz in Z. f. H. R. 61, S. 33 ff. und auf die Verhandlungen der Checkkonferenz in Budapest, S. 4 ff., verwiesen; auch James *Breit* erklärt (in Holdheims Monatsschrift XVII, S. 35) die Guthaben-

klausel für *zwecklos,* und er führt treffend die Gefahren aus, denen gerade die Notwendigkeit der Klausel den gesetzesunkundigen Checknehmer gegenüber abgefeimten Betrügern aussetzt.

5. Ebenso verdient es vollste Billigung, dass die Angabe des Remittenten und der Verfallzeit nach wie vor (1712 Abs. 3 und A. 1713) kein Essentiale bildet, der Check ohne Benennung eines Remittenten vielmehr als Inhabercheck, der Check ohne Angabe einer Verfallzeit aber als Sichtcheck kraft gesetzlicher Fiktion zu gelten hat.

6. Dass der Check selbst dann als Sichtcheck gilt, wenn er eine andere Bestimmung über die Verfallzeit enthält, ist zwar eine auch im österreichischen Gesetz sich findende, keineswegs unbedenkliche Vorschrift, immerhin als ein Mittel gegen die Ausstellung von Nichtsichtchecks erträglicher, als die volle Nichtigkeitserklärung eines solchen Checks, wie sie im deutschen Gesetz vorgeschrieben ist (vgl. Z. f. H. R. 61, S. 39 ff).

§ 6. Die materielle Voraussetzung des Checks
(Deckung, Checkvertrag).

I. Nur mit grosser Genugtuung ist es zu begrüssen, dass der Entwurf in einem neuen Artikel (1709) der Grundlage der Checkziehung, des *Checkvertrages,* Erwähnung getan und damit, wie die Botschaft S. 52 hervorhebt, dem Schweizer Checkrecht die Ergänzung gegeben hat, deren unser Wertpapier bedürftig war.

Auch das österreichische und deutsche Gesetz erkennen die Notwendigkeit des dem Checkverkehr vorangehenden Check*vertrages* an. Allerdings spricht § 3 des deutschen Gesetzes auf *Riessers* Vorschlag von einem zwischen Bezogenem und Aussteller „bestehenden *Rechtsverhältnis*“, weil auch ein Dritter dem Aussteller einen Kredit eröffnen könne. (*Riesser,* Bemerkungen S. 10, 15 und im B. A. VII, S. 136.)

Immerhin haben sich für die Notwendigkeit eines Checkvertrages auch nach dem deutschen Gesetz *Abt, Buff, Merzbacher* und neuestens *Rudolf Fürst* (in der Leipziger Zeitschrift II, Sp. 410) erklärt, während *Breit* (bei *Holdheim* XVI, S. 278), *Conrad* S. 110, *Heim, Kuhlenbeck* S. 44, *Lehmann* und *Schiebler* allerdings anderer Ansicht sind. Letzterer bemerkt S. 12 ff., dass ein solcher Checkvertrag nicht unter allen Umständen bestehen muss; aber er fügt nicht nur hinzu, dass in der weitaus *überwiegenden* Anzahl von Fällen ein Checkvertrag vorliegen wird, sondern er bemerkt auch gerade bezüglich des von *Riesser* hervorgehobenen Falles, dass ein Dritter dem Aussteller einen Kredit eröffnet, auf den hin der Aussteller Checks zieht, wörtlich: „Es liegt alsdann *keine Verabredung zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen, sondern lediglich eine solche zwischen dem Dritten und dem Bezogenen zugunsten des Ausstellers vor.*" Also doch immerhin eine *Vereinbarung!* Auch der Vertrag zugunsten Dritter bleibt ein Vertrag. Und diesem Vertrag *zugunsten* des Ausstellers geht entweder der direkte Checkvertrag zwischen Aussteller und Bezogenem voran, oder er folgt ihm wenigstens (ausdrücklich oder durch konkludente Handlung) nach. Selbst wenn der Aussteller, was doch ganz ungewöhnlich, nicht auf dem Formular des Bezogenen den Check trassiert, so liegt in der Tatsache, dass er von der Krediteröffnung Gebrauch macht und in deren Grenzen auf den Bezogenen Checks zieht, welche der Bankier einzulösen verpflichtet ist, doch wohl der stillschweigende Abschluss eines Checkvertrags. *Fürst* deduziert a. a. O. Sp. 410: „Wenn das Gesetz in § 3 ein zwischen dem Bezogenen und dem Aussteller bestehendes „Rechtsverhältnis" als Grundlage der Checkziehung voraussetzt, so kann ja dies ein anderes als ein *vertragliches* Verhältnis nicht sein."

Von Schweizer Juristen ist der Checkvertrag als wirklich unerlässliche Voraussetzung zuweilen angezweifelt worden, so

von *Schneider, Zoller, Curti* S. 141 und *Glücksmann* S. 109 n. 1; dagegen haben sich *Wieland* S. 514, *Emil Vogt,* Anleitung S. 313, und das Bundesgericht am 22. Sept. 1898 für den Vertrag erklärt; auch *Zoller* billigt neuerdings (Schw. J.-Z. S. 21) anscheinend denselben. *Fritz Fick* steht der gleichen Ansicht wenigstens sehr nahe, indem er S. 307 unsern Satz „Kein Check ohne Checkvertrag" dahin modifiziert: „Kein Check ohne Checkvertrag oder gesetzliche Fiktion eines solchen".

II. Wie sehr wir die Erwähnung des Checkvertrags im Gesetze billigen, so ist doch die Fassung des Entwurfs nicht einwandsfrei. Der § 1709 lautet wörtlich: „Durch den Checkvertrag verpflichtet sich der *Schuldner gegen eine Deckung,* die Anweisungen, die der *Gläubiger* auf ihn in der Form eines Checks ausstellt, ohne besondere Annahme zu bezahlen."

1. In dieser Fassung geben zunächst die Worte *Schuldner* und *Gläubiger* zu Bedenken Anlass. Der Bezogene braucht ja keineswegs stets der „Schuldner" des Ausstellers zu sein; ungemein oft zieht der Aussteller auf den ihm vom Bezogenen eingeräumten Kredit sogenannte Kreditchecks. Es empfiehlt sich daher, statt von Schuldner und Gläubiger vom Bezogenen (resp. zu Beziehenden) und vom Aussteller zu sprechen. Das wird umso unbedenklicher, wenn der Art. 1710 dem Art. 1709 vorangestellt wird. Es entspricht auch dem sonstigen Sprachgebrauch des geltenden Obligationenrechts und des revidierten Entwurfs, die beide in ihren Begriffsbestimmungen z. B. des Kauf-, Miet-, Pacht-, Darlehens-, Dienst-, Werk-, Verlagsvertrags, auch bei dem Auftrag und der Anweisung, nicht von Gläubiger und Schuldner, sondern von Verkäufer und Käufer, Vermieter und Mieter, Verpächter und Pächter, Darleiher und Borger, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Unternehmer und Besteller, Urheber und Verleger, Beauftragtem und Auftraggeber und besonders auch schon in der Definition der Anweisung (Art. 406 resp. 1462) vom Angewiesenen und Anweisungsempfänger sprechen.

2. Sodann ist die Klausel „gegen eine *Deckung*“ in hohem Grade bedenklich. Sie schliesst bei strenger Auslegung das Abkommen aus, sich auf reinen Personalkredit hin unter sog. Luftbuchung (*Buff* S. 37) mit Checks beziehen zu lassen. Solche „Akkomodationen“ sind aber auch in der Schweiz ungemein häufig; nach einer von *F. Fick* veranstalteten Enquête gewährte etwa die Hälfte der von ihm befragten 35 Banken auf Checkkonto Blankokredit (S. 297). Und ist die Bürgschaft resp. der Kreditauftrag eines Dritten noch als Deckung im Sinne des Art. 1709 anzusehen?

Auch scheint die ganze Klausel in der Definition kaum notwendig zu sein, da ja in § 1171 das „Deckungserfordernis“, und zwar des Genaueren festgestellt wird. Uebrigens steht die Klausel, wenn man sie überhaupt billigt, in § 1709 sprachlich an unrichtiger Stelle; denn gewollt ist nicht sowohl, dass der Schuldner *gegen eine Deckung* zur Bezahlung der auf ihn ausgestellten Anweisungen *sich verpflichte,* sondern vielmehr, dass er sich zur Bezahlung *der gegen eine Deckung auf ihn ausgestellten Checks* obligiere.

3. Weiter ist auch die Klausel „*ohne* besondere *Annahme*“ in mehrerer Hinsicht zu bemängeln. Sie scheint einerseits überflüssig, da ja das Gesetz (§ 1714) die Bestimmung enthält, dass die Annahme bei dem Check nicht stattfindet. Und andererseits würde die Beibehaltung der Klausel einen Checkvertrag, der das Versprechen von *Zahlung und Annahme* enthält, nicht nur bezüglich des Annahmeversprechens, sondern, weil er überhaupt kein Checkvertrag sei, total nichtig machen; ja, dasselbe Schicksal würde sogar einem Vertrage drohen, der zwar nur auf Bezahlung sich richtete, der aber die Annahme nicht ausdrücklich ausgeschlossen hätte.

4. Es wäre demnach Art. 1709 etwa, wie folgt, zu fassen: „Durch den Checkvertrag verpflichtet sich der zu Beziehende, die in Form eines Checks auf ihn auszustellenden Anweisungen zu bezahlen.“

Sollte die Bezeichnung des „zu Beziehenden" sprachlich bedenklich scheinen, so könnte es statt dessen heissen. „der eine Kontrahent" oder wie in § 1281 des Entwurfs (bezüglich der Schenkung) schlechtweg „jemand".

5. Eine Definition des Wortes *Deckung* ist nur insofern gegeben, als — unter der Marginal-Bemerkung „Deckungserfordernis" — Art. 1711 Abs. 1 (dem jetzigen Art. 831 wörtlich gleichlautend) vorschreibt, dass ein Check nur ausgestellt werden darf, wenn der Aussteller über den angewiesenen Betrag zu *verfügen* das *Recht* hat. Damit ist die Streitfrage nicht entschieden, *wann und unter welchen Bedingungen* der Aussteller über den Betrag zu *verfügen* das *Recht* hat, und ich vermag *Zoller*, Schweizer. J. Z. S. 21, nicht beizustimmen, dass die „Frage, wann, unter welchen Bedingungen ein fälliges Guthaben als „sofort verfügbar" angesehen zu werden habe, künftighin aus „Abschied und Traktanden" falle.

Das neue deutsche Gesetz hat sowohl das Wort Deckung als auch das Wort Verfügungsberechtigung vermieden, dafür aber den Ausdruck *Guthaben* gewählt und ihn in § 3 als denjenigen Geldbetrag definiert, bis zu welchem die Bezogenen nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse Checks einzulösen verpflichtet sind. Die Zweckmässigkeit der gesetzlichen Begriffsbestimmung ist übrigens von *Hoppenstedt* S. 27 bestritten worden, und neuerdings besonders von *Breit* (in Holdheims Monatsschrift XVII, S. 36).

Eventuell wäre das Wort „Deckung" auch in unserm Entwurf durch den „elastischeren" Ausdruck „Guthaben" zu ersetzen, wie dies schon im Schweiz. Postcheckformular der Fall ist. (Vgl. *Glücksmann* S. 105, auch die Definition S. 102.)

6. Nach der Fassung des § 1711 darf der Check nur ausgestellt werden, wenn der *Aussteller* über den angewiesenen Betrag bei dem Bezogenen *sofort* zu verfügen das Recht hat.

Bei strenger Interpretation wäre sonach, obwohl dies streitig (vgl. *Fick* S. 313 und die dort zitierten), der Zeitpunkt

der *Ausstellung* resp. Begebung als entscheidend anzusehen, und das entspricht allerdings dem französischen und belgischen Recht. Es ist aber mit gutem Grunde (vgl. Z. f. H. R. 61, S. 33 n. 47 und S. 149) vom österreichischen Gesetz ausdrücklich und vom deutschen Gesetz implicite (*Apt* S. 16, *Henschel* S. 17, *Heim* S. 12, *Schiebler* S. 14, Ziffer 5) der auch in England herrschende freiere Standpunkt eingenommen worden, dass ein für die Einlösung verwendbares Guthaben erst zur Zeit der *Präsentation* vorhanden zu sein braucht.

Es wäre daher das Wort „sofort" m. E. besser durch die Worte „zur Zeit der Präsentation des Checks" zu ersetzen; auch in dem in § 7 zu besprechenden Absatz 2 des Artikels 1711 sollten diese Worte eingeschaltet werden.

§ 7. Die sog. Checkstrafe und die Schadensklage.

I. Zur Sicherung des Deckungserfordernisses hat Artikel 1711, 2, im wörtlichen Anschlusse an den geltenden Artikel 837 die sog. Checkstrafe aufrecht erhalten, d. h. den Aussteller verpflichtet, *ausser* der Regresssumme und dem verursachten Schaden *noch 5%* der ungedeckt angewiesenen Summe dem Inhaber zu vergüten.

Für die Streichung dieser sogenannten *Checkstrafe* — sie ist weder eine Kriminalstrafe, wie in Frankreich, noch eine vom Zivilrichter auszusprechende Ordnungsstrafe, wie in Oesterreich, sondern eine Privatstrafe — hat sich neuestens *Zoller* S. 21 ausgesprochen. Er hält diese Strafbestimmung nicht nur für unklar, — da sie es zweifelhaft lasse, ob die 5% nur von dem ungedeckten Teil oder der ganzen angewiesenen Summe zu entrichten seien, — sondern auch für wertlos, da „der gewöhnliche wechselmässige Rückgriff auf den Aussteller" mit seiner „notwendigen Folge, der Zerstörung des kaufmännischen Kredits, viel abschreckender wirke," als jene minimen 5%, die eher einer erhöhten Pro-

vision, als einer Strafe gleichen; überdies werde der Geschädigte meistens das *Nachsehen* haben, ob er nun bloss den unbefugterweise angewiesenen Betrag oder ausserdem noch 5 % desselben beim Aussteller zu fordern habe.

Von diesen Argumenten erscheint allerdings das zuletzt erwähnte nicht zwingend; die Möglichkeit der Uneinbringlichkeit einer Forderung beweist nichts gegen die gesetzliche Einräumung eines an sich berechtigten Anspruchs, und selbst im Konkurse des Ausstellers wird es für den Inhaber nicht ganz gleichgültig sein, ob seine angemeldete Forderung um 5 % höher oder geringer ist. Auch sind 5 % keineswegs als so gar minim zu erachten; das österreichische Gesetz geht mit seinen 3 % Ordnungsstrafe noch fast um die Hälfte tiefer.

Dagegen ist allerdings das ganze Prinzip einer Privatstrafe überhaupt abzulehnen; insbesondere scheint es nicht gerechtfertigt, blosse Fahrlässigkeit bei der Ueberziehung noch mit 5 % zugunsten eines schon vollständig entschädigten Inhabers zu bedrohen. In England und Deutschland kommt man auch, — von dem eigentlichen Betrug natürlich abgesehen — ohne alle und jede Kriminal-, Ordnungs- oder Zivilstrafe aus. Für die Streichung der Privatstrafe haben sich ausser *Zoller* auch *Munzinger* S. 412, *Fick* S. 323, 327 und die dort S. 329 n. 1 Citierten ausgesprochen; auch Verfasser hat seine frühere Befürwortung einer besonderen Strafnorm schon lange aufgegeben (vgl. auch Z. f. H. R. 61 0.5 bei n. 7).

II. Dagegen ist der Anspruch des *Schadenersatzes* beizubehalten. Auch diesen scheint *Zoller* für überflüssig zu halten, denn er schreibt wörtlich: „Der gewöhnliche wechselmässige *Rückgriff* auf den unbefugten Aussteller oder auf denjenigen, der sein Konto überzogen hat, *genügt* m. E. *vollständig.*“ Immerhin hat er unter seinen Abänderungsvorschlägen am Schluss seiner Abhandlung S. 22 zwar die Streichung der Checkstrafe, aber nicht die Streichung des Schadenersatzanspruches aufgeführt. Die Schadenklage wird

allerdings auch vom österreichischen Gesetz, von der Budapester Konferenz, sowie von *Riesser* S. 66, *Hoppenstedt* und *Loeb* abgelehnt und als überflüssig, unzweckmässig und unübersehbar erklärt; auch das deutsche Gesetz hat sie schliesslich fallen lassen, obschon die Entwürfe, selbst der vom Juli 1907, sie noch für die beiden Hauptfälle ausdrücklich vorbehalten hatten. Das ist zu bedauern; denn sie ist in der Tat ein mittelbarer Zwang für den Aussteller, nur gedeckte Checks auszugeben. Sie ist daher von den Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft für notwendig und richtig erachtet worden; auch *Fick* S. 367 und viele andere haben sich für sie erklärt; es sei gestattet, auf die vom Verfasser an anderer Stelle (Z. f. H. R. 61, S. 106—111) vorgetragenen Ausführungen bezüglich dieser viel umstrittenen Frage zu verweisen.[1])

III. Ist es sonach geboten, die Schadensklage in § 1711 Abs. 2 beizubehalten, so erscheint es dagegen wünschenswert, nach dem Vorbild des deutschen Entwurfs § 21, Abs. 2 dem Fall der ungedeckten Ausstellung auch den Fall der absichtlichen *Vereitelung* der Einlösung (durch Verfügung über das Guthaben nach Begebung des Checks) gleich zu stellen. Auch in dieser Beziehung darf sich Verfasser auf seine früheren Ausführungen (a. a. O. S. 109) beziehen.

Immerhin könnte es sich fragen, ob die Schadenersatzpflicht nicht in zwei Ausnahmefällen wegzufallen hätte. Es handelt sich einerseits um die *verspätete* Präsentation und andererseits um den in § 23 des österreichischen Gesetzes vorgesehenen Fall, dass der Aussteller des dishonorierten Checks mit *Grund annehmen* konnte, dass zur Zeit der Präsentation *genügende Deckung vorhanden* sein werde. Es scheint aber doch die Ausnahme nur für den ersten Fall berechtigt; in diesem liegt allerdings auch auf seiten des Inhabers ein

[1]) Ueber den Schadensanspruch des *gutgläubigen dritten* Nehmers eines auf Grund eines klaglosen Vertrags ausgestellten Checks (z. B. eines *Spielchecks*) handelt fesselnd *Breit* XVI, S. 281 ff.

normwidriges Verfahren vor, und es besteht kein Grund, anders für die Schadensklage als für die Regressklage zu bestimmen. Im zweiten Fall ist dagegen der Inhaber ganz schuldlos; es muss daher die Rücksicht auf den guten Glauben des Ausstellers doch hinter das Interesse des ganz ohne eigenes Verschulden geschädigten Inhabers zurücktreten.

Art. 1711, Abs. 2 würde sonach etwa wie folgt zu fassen sein: „Wer einen Check ausstellt, ohne bei dem Bezogenen für den angewiesenen Betrag zur Zeit der Präsentation ein ausreichendes Guthaben zu besitzen, hat dem Inhaber, der den Check innerhalb der Präsentationsfrist zur Zahlung vergeblich vorgelegt hat, den aus der Nichteinlösung entstehenden Schaden zu ersetzen. Die gleiche Pflicht trifft den Aussteller auch dann, wenn er nach Begebung des Checks über das Guthaben in der Absicht verfügt hat, die Einlösung zu vereiteln."

§ 8. Indossabilität.

1. Ob der Namencheck wie der Wechsel nach Art. 727 auch dann Ordrepapier ist, wenn er nicht ausdrücklich an Ordre lautet, ist trotz Art. 836 bekanntlich für das geltende Recht umstritten. *Hafner, Rossel* und der Berner Appellations- und Kassationshof (bei *Schneider*) verneinten die Anwendbarkeit des Wechelrechts, während *Zoller, Fick, Curti, Haberstich, Schneider, Glücksmann* und Verfasser im (Handwörterbuch der Volkswirtschaft) sie bejahten. Der Entwurf hat die Streitfrage nunmehr durch Art. 1712 Abs. 2 ausdrücklich entscheiden zu sollen geglaubt (Botschaft S. 52). Das ist im Interesse der Rechtssicherheit sehr zu begrüssen. Und auch die Entscheidung selbst, die zugunsten der Indossabilität ausgefallen, ist nur zu billigen; sie vereinfacht den Checktext und befördert den Umlauf; sie entspricht dem deutschen, italienischen und belgischen Recht und wird de lege ferenda auch von den Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft, *Buff*

und *Simonson* verfochten (vgl. Z. f. H. R. 61 S. 45 und 69 und die dort Citierten). Allerdings widerspricht diese Entscheidung der Frage dem französischen, belgischen und österreichischen Gesetz, sowie dem ungarischen Entwurf. Auch auf der Checkkonferenz hat sich die Mehrheit für den *österreichischen* Standpunkt erklärt (S. 45); aber es ist das mehr im Interesse der Rechtseinheit der drei Reiche, als aus sachlichen Gründen erfolgt; dies ergibt sich wenigstens aus den Reden von *Sichermann, Riesser* und wohl auch von *Ehrenberg* (S. 39, 41 und 45 der Verhandlungen); *Ehrenberg* hat bei diesem Anlass, wie oben § 3 erwähnt, die Hoffnung ausgesprochen, dass die Schweiz ihrerseits vielleicht später auch dasselbe tun würde.

Jene erstrebte Rechtseinheit ist nun aber gerade in dieser Frage durch die deutsche Gesetzgebung nicht hergestellt worden. Es fällt also auch jener *Ehrenberg*sche Appell an die Schweiz, und es fragt sich nur, welches System das sachlich bessere sei und die zwingenden inneren Gründe für sich hat. Nun ist allerdings zuzugestehen, dass, wie Hofrat Dr. *Leth* auf der Konferenz (S. 40 und 41) hervorgehoben hat, der Rektacheck im einfachen Brief gefahrlos versandt werden kann, was bei den Ordrechecks nicht der Fall ist, und dass bei Ausstellung eines Checks *im Auftrage* eines andern der Aussteller sich vor die oft schwierige, unangenehme und verantwortungsvolle Frage gestellt sieht, ob er einen Rekta- oder Ordre-Check ausstellen solle. Aber es ist auch von einem sehr erfahrenen österreichischen Praktiker (Bankdirektor *Prager*) darauf hingewiesen worden, dass dem Versender der doppelte Ausweg zur Verfügung steht, entweder durch Rektaklausel (im Check oder Indossament) oder durch Crossing resp. durch die Verrechnungsklausel diese Gefahr hintanzuhalten. Die Rektaklausel ist zwar in Oesterreich unwirksam, dagegen ist sie in Deutschland und auch nach dem schweizerischen Entwurf Art. 1717 zweifellos und zwar sowohl im

Check als auch im Checkgiro wirksam, da ja auch der Rektawechsel und das Wechsel-Rektaindossament zugelassen, das Wechselrecht aber analog anzuwenden ist.

Endlich ist auch auf der Konferenz von Tafelrichter *Barna* mit Recht geltend gemacht worden, dass den Vorteilen des Namen-Checks doch auch überwiegende Nachteile gegenüberstehen, wie die Pflicht des Präsentanten zur Legitimation, mindestens zum Nachweis der Personenidentität, sowie die Beschränkung der Uebertragung, die eben nur mittelst gewöhnlicher Zession, nicht aber durch das wirksamere, weil selbständige Rechte gewährende Indossament möglich sei.

2. Wichtig wäre auch die Ausfüllung der Lücke, ob der *Inhabercheck* indossiert werden kann, und welche Wirkung einem sochen „*hinkenden*" Indossament, wie *Brunner* in D. J. Z. III, Sp. 153 es jüngst genannt hat, zuzuschreiben ist. Während das deutsche Gesetz § 15 Abs. 2 jeden, der seinen Namen auf die Rückseite eines Checks gesetzt hat, dem Inhaber als für die Einlösung haftbar erklärt, hat das österreichische Gesetz, der ungarische Entwurf und auch — aber wohl nur im Interesse der Rechtseinheit — die Pester Konferenz ein solches *hinkendes* Giro oder *Quasi*-Indossament, wie es *Riesser* S. 64 n. 46 nennt, für unzulässig erklärt. Das deutsche Gesetz dürfte hier den Vorzug verdienen. Auch *Glücksmann* erklärt S. 103 den Inhabercheck für indossabel.

3. Der Entwurf und das geltende O.-R. regeln nicht ausdrücklich die vielerörterte Frage, ob ein Indossament *an oder durch den Bezogenen* statthaft sei. Da indes das Wechselrecht analog nach § 1717 zur Anwendung kommen soll, so sind diese Indossamente als statthaft zu erachten, und das ist auch das Richtige, obwohl das deutsche und z. T. auch das österreichische Gesetz anders entschieden haben. In dieser Hinsicht darf wohl auf Z. f. vgl. R. W. XI, S. 410 ff. und Z. f. H. R. 61, S. 46 ff und die dort zitierten Autoren verwiesen werden. Jedenfalls sollte das Indossament *an* den Bezogenen

nicht ganz ungültig sein, sondern *mindestens* wie in Deutschland (§ 8), Oesterreich (§ 6), im ungarischen Entwurf und nach der Checkkonferenz S. 47 als *Quittung* gelten. Die Quittungsfunktion ist freilich in jüngster Zeit von *Brunner* a. a. O. angefochten worden, während *Breit* in der Leipziger Z. I, S. 279 sie neuestens für berechtigt erklärt hat.

§ 9. Annahme und Bestätigung.

Der Entwurf Art. 1714 bestimmt, wie bisher Art. 834, Abs. 1: „Die Präsentation zur Annahme und die Annahme finden bei dem Check nicht statt." Dieser doppelte „Ausschluss der Annahme", wie die Marginalbemerkung lautet, ist nur teilweise begründet. Es scheint uns nach wie vor ausreichend, wenn dem Inhaber das Recht versagt wird, die Akzeptation zu *fordern* und Regress mangels Annahme zu nehmen; die Unwirksamkeit des einmal geschriebenen Annahmevermerks aber kommt, wie Verfasser schon an anderer Stelle (Z. f. vgl. R. W. XII S. 97; Z. f. H. R. 61, S. 53) unter Zustimmung von *Fick* und *Buff* bemerkt hat, einer *Prämie auf den Wortbruch gleich*. Allerdings ist das Akzept unüblich; auch könnte für das Akzeptverbot geltend gemacht werden, dass akzeptierte formularmässige Checks leicht als banknotenähnliche Umlaufsmittel den Markt überschwemmen und sich der schnellen Präsentation entziehen könnten. Aber dieser Gefahr lässt sich durch eine scharfe Versteuerungspflicht wirksam begegnen; überdies schützt die kurze Präsentationsfrist, die durch den Regressverlust gesichert ist (*Schär* in D. Wirtschafts-Zeitung IV, Sp. 151). Es droht ja auch fast die gleiche Gefahr von dem doch auch akzeptfähigen Sichtwechsel, der gleichwohl nicht verboten ist. Es haben daher auch keineswegs alle Checkgesetze das Akzept geächtet, wie dies in Deutschland, Italien, Oesterreich, Skandinavien und Japan freilich der Fall ist. Frankreich, Belgien, Holland, England und Amerika erkennen das Akzept vielmehr an; ebenso der

Munzingersche und die drei älteren deutschen Gesetzentwürfe. In der Literatur sind zwar die Meinungen geteilt, aber immerhin haben sich *Kapp, v. Canstein, Franchi, Fick, Buff,* wohl auch *Heckscher, Lehmann, Wendt, Kanitz, Kuczynski* und *v. Pavličeck* für die Wirksamkeit des Akzeptes erklärt (Z. 61, S. 51 n. 26).

Es empfiehlt sich daher, in § 1714 die drei Worte „und die Annahme“ zu streichen.

II. Entscheidet man sich aber für die Beibehaltung des Verbots, so sollte man die Wirkung des verbotswidrig erfolgten Akzepts schärfer zum Ausdruck bringen, etwa in der Fassung des § 10 des deutschen Gesetzes: „Ein auf den Check gesetzter Annahmevermerk gilt als *nicht geschrieben.*“ Damit ist dem Akzept nicht nur die checkrechtliche, sondern überhaupt *jede* Wirksamkeit abgesprochen *(Henschel* S. 30). Bei der jetzigen Fassung ist die Wirkung bekanntlich streitig, (Vgl. die Entsch. des Bundesgerichts vom 29. X. 1886, *Fick,* S. 336, und Handwörterbuch d. Schw. Vw. Checkwesen.)

II. Es ist zweifelhaft, ob durch den „Ausschluss der Annahme“ auch das besonders in Amerika so sehr verbreitete sog. *Certifying* (Agnoscieren, Verifizieren, Vidimieren, Visieren) des Checks ausgeschlossen ist. The Neg. Instr. Law bestimmt ausdrücklich im § 323: *„the certification is equivalent to an acceptance.“* Gleichwohl wird vielfach behauptet, das Certifying sei nur eine Mitteilung, eine Bestätigung des Bezogenen, dass dem Aussteller ein zur Einlösung ausreichendes Guthaben zustehe (vgl. hierzu Z. f. H. R. 61, S. 50 ff.; *Buff,* Commentar S. 60; *Hart,* Banking, S. 258; *Lyon-Caen,* 4. Ed. No. 561 bis und No. 571, Budapester Konferenz S. 51 *(Wendland).*

Der österreichische Motivenbericht hebt ausdrücklich hervor, dass durch das auch in Oesterreich bestehende Akzeptverbot solche Bestätigungen „nicht ausgeschlossen“ sein sollen. Es liegt nun im Interesse der Rechtssicherheit, jeden-

falls eine klare Entscheidung zu treffen, ob dem Certifying eine *checkrechtliche*, eine *zivilrechtliche* oder *gar keine* Wirkung zukomme. — In der Sache selbst sollte es keinesfalls für nicht geschrieben gelten. Ist es doch vom *wirtschaftlichen* Standpunkt aus recht warm befürwortet worden; so von *Riesser* auf der Pester Konferenz (S. 40): „Certified cheques, deren Zulassung ja allerdings den Checkverkehr *ungemein fördern* und heben würde"; so von *Heilbrunn, Pavlíček, v. Canstein, Buff* und, auf das Referat von *Schär*, vom Bunde der Industriellen in der Jahresversammlung v. 21. X. 1907; eingehend auch von *Wendland* auf der Pester Konferenz (S. 50). *Schär* insbesondere hat treffend unter Widerlegung aller Einwendungen ausgeführt (D. W. Z. IV, Sp. 151), „dass durch die Zulassung der Zertifikation die Verwendungsmöglichkeit der Checks wesentlich erweitert, der Zahlungsvorgang mittels Checks durch Ausschaltung des Kreditrisikos und Erleichterung der Einziehung, Minderung der dazu erforderlichen Zeit und Kosten vereinfacht, die Zahlung durch Checks der Barzahlung möglichst angenähert wird, dass mithin die Einführung der Zertifikation das Zutrauen zu diesem Zahlungsinstrument zu mehren vermag." — Gegen die Aufnahme einer Bestimmung in das Schweizer Gesetz ist auch nicht — wie dies bezüglich Deutschland geschehen ist (vgl. *Koch* in der D. W. IV, S. 112) — geltend zu machen, dass die Zertifikation dem schweizer. Verkehr noch so gut wie unbekannt sei; hat doch *Schär* mit Recht auf das Reglement der schweizerischen Nationalbank hingewiesen, das „weisse *gekreuzte* Checks (korrekter *Verrechnungs*-Checks), welche *visiert* sind, besonders erwähnt" (vgl. auch *Glücksmann* S. 128).

Das Certifying ist übrigens nicht nur in Amerika üblich, sondern sein Gebrauch nimmt vielmehr auch in England zu. In Frankreich treten Sie als abgestempelte *graue* Checks der Banque de France auf (*Schär* S. 154). In Deutschland sind sie bei der Kgl. Bayerischen Bank bezeugt, und auch die

Reichsbank hatte die leider nur zu schnell wieder abgeschafften *visierten Fernchecks,* deren Wiedereinführung *Loewy* im Bankarchiv VI, S. 214 und VII, S. 212 wiederholt empfiehlt.

Freilich besteht auch hier eine gewisse Gefahr der Ausbildung eines neuen „fiduziaren banknotenähnlichen Umlaufmittels", dessen Deckung sich der öffentlichen Kontrolle entzieht; aber diese Gefahr lässt sich auch hier, ähnlich wie beim Akzept, durch Stempelpflicht fast ganz beseitigen; überdies wirkt die durch Regressverlust gesicherte kurz bemessene Umlaufsfrist hemmend *(Schär).*

Sollte daher auch der Ausschluss der Annahme aufrecht erhalten werden, so empfiehlt sich doch ein Zusatz über die Wirkung der Zertifikation. *Schär* hat vorgeschlagen, ihn etwa dahin zu fassen: „dagegen ist es zulässig, dass der Bezogene auf den Check selbst das Vorhandensein der Deckung und deren Rückstellung zuhanden des Präsentanten bis zum Ablauf der Umlaufsfrist erklärt". Diese Fassung wäre in Anlehnung an das Reglement der Nationalbank vielleicht dahin abzuändern: „Statthaft dagegen ist die Bestätigung des Guthabens *(Visierung* des Checks); sie verpflichtet den Bezogenen, den visierten Check bei rechtzeitiger Präsentation einzulösen." [1])

§ 10. Präsentation.

Die Präsentationsfrist ist nach Art. 1715 unverändert wie bisher: 5 Tage für den Platz-, 8 Tage für den Distanzcheck.

Es sind nun allerdings über diese Fristen keine Klagen in der Schweiz laut geworden; immerhin empfiehlt sich die Beseitigung der verschiedenen Behandlung von Platz- und *in*ländischen Distanzchecks, und zwar nicht nur um der Vereinfachung willen, sondern auch, da Platzchecks vielfach zu Remittierungen verwendet werden (vgl. über die Frage Z. f.

---

[1]) Ueber die Wirkung der *verifizierten* Checks des 17. Jahrhunderts in Italien vgl. *Goldschmidt,* Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 327. Ueber das Gesetz von Costa-Rica *Conrad,* S. 121. Vgl. auch *Kuhlenbeck,* S. 61.

H. R. 61, S 58 und die dort Zitierten). Diese Gleichstellung aller Inlandchecks entspricht auch dem deutschen, holländischen, japanischen und peruanischen Recht, sowie dem ungarischen und auch dem ersten Schweizer Entwurf.

Sodann scheint die achttägige Frist für *Ausland*checks, namentlich für überseeische, uns viel zu kurz — auch *Janggen* S. 658 deutet dies an — während *Zoller* S. 22 wohl nur an die Inlandchecks denkt, wenn er „bei den heutigen Verkehrseinrichtungen und kaufmännischen Gepflogenheiten eine Frist von 5 resp. 8 Tagen *mehr als ausreichend*" erklärt. Es dürfte sich daher in dieser Richtung ein ähnlicher Zusatz empfehlen, wie ihn das deutsche Gesetz § 11 enthält; es ermächtigt den Bundesrat zur Bestimmung der Vorlegungsfrist, und zwar unbeschränkt bezüglich der im Ausland auf das Inland ausgestellten Checks, und beschränkt, nämlich nur in Ermangelung einer ausländischen Norm, bezüglich der im Inland auf das Ausland ausgestellten. Bekanntlich hat der deutsche Bundesrat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und nach vier geographischen Zonen Fristen von 3 Wochen resp. 1, 2 und 3 Monaten bestimmt.

III. Es würde zur Verhütung von Prozessen angezeigt sein, wie in Deutschland und Oesterreich, auch in der Schweiz die Einlieferung in eine *Abrechnungsstelle,* bei welcher der Bezogene vertreten ist, als Präsentation zur Zahlung zu erklären, da anderenfalls die dishonorierten Checks zur Erhaltung des Regressrechts auch noch im Geschäftslokale des Bozogenen vorgelegt und dadurch oft verspätet präsentiert werden (Begründung S. 28, *Conrad* S. 181, Z. f. H. R. 61, S. 92 und 148).

IV. *Janggen* erinnert S. 657 an die „ungelöste Frage, ob ein Check präsentiert werden muss". Insoweit es sich nicht um den *in*direkten Zwang durch Regressverlust handelt, ist diese Frage doch wohl dahin zu entscheiden, dass eine wirkliche Präsentationspflicht, deren Nichterfüllung zum

Schadensersatz verpflichtet, nur dann anzunehmen ist, wenn der Empfänger des Checks sich ausdrücklich oder nach den Umständen stillschweigend zum Inkasso dem Checkgeber gegenüber verpflichtet hat. (Vgl. übrigens auch *Breit* in *Holdheim* XVII, S. 3.)

§ 11. Säumnisfolgen und Vertragsklage.

Unter dem Marginalvermerk *„Säumnisfolgen“* wiederholt Art. 1715 Abs. 2 die Vorschrift des bisherigen Art. 835, dass im Fall nicht rechtzeitiger Präsentation der wechselmässige Rückgriff gegen die Indossanten stets, der Rückgriff gegen die Aussteller aber nur dann erlösche, wenn der Aussteller durch die nicht (rechtzeitig) erfolgte Präsentation dem Bezogenen gegenüber in Verlust gekommen ist.

a) Was den Indossanten anlangt, so ist nicht nur die Regress-, sondern, wie im Wechselrecht, auch die Bereicherungsklage dem Inhaber versagt. Diese letztere sollte jedoch, wie in Skandinavien und Belgien, nach Wechsel- und Checkrecht gewährt werden, um der „aurea regula“ willen: „nemo damno alterius locupletior fiat.“ Dies „Remedium“, durch welches das Recht die von ihm geschlagene Wunde selber heilt *(Kohler)*, sollte dem Inhaber auch gegen den Indossanten nicht versagt sein (vgl. Z. 61 S. 99 N. 167 und *Conrad* S. 278). Die Lücke des Wechselgesetzes rechtfertigt nicht die Lücke des Checkgesetzes.

b) Was den *Aussteller* anlangt, so gibt das Schweizer Recht gegen ihn mehr Rechte, als das deutsche und nun gar das österreichische. Es gewährt dem Inhaber nämlich zwei Klagen:

1. die im gewöhnlichen Prozess geltend zu machende und erst in 10 Jahren verjährende Bereicherungsklage. Dies folgt aus der Generalklausel über die Anwendung des Wechselrechts und ist unbestritten (das scheint *Conrad* S. 278 zu übersehen; vgl. *Fick* S. 365 und Handwb. d. Volksw. im Ar-

tikel Checkwesen). Diese Klage hat der Inhaber auch in Deutschland, aber nicht in Oesterreich.

2. einen wechselrechtlichen und daher wohl in 1, 3 resp. 12 Monaten verjährenden Anspruch gegen den Aussteller, insofern nicht letzterer — was derselbe aber zu erweisen hat — durch die nicht erfolgte Präsentation dem Bezogenen gegenüber zu Verlust gekommen ist. Diesen Anspruch wünscht *Zoller* zu beseitigen; er bringt S. 22 den vollständigen Wegfall des *wechselmässigen* Regresses gegen die Indossanten und auch gegen den *Aussteller* des präjudizierten Checks mittels Streichung des ganzen zweiten Absatzes von Artikel 1715 in Vorschlag; ihm erscheint die Bereicherungsklage des gewöhnlichen Prozesses als ausreichend; er teilt also den Standpunkt des deutschen Gesetzes. Unseres Erachtens sollte aber der Gesetzgeber nichts versäumen, um die Stellung des Inhabers zu kräftigen und damit die Geneigtheit des Publikums, Checks statt Geld zu nehmen, zu fördern.

Will man den Aussteller gleichwohl etwas entlasten, so wäre höchstens die Verjährungsfrist der Bereicherungsklage von 10 Jahren — nach dem Vorbild des deutschen Gesetzes § 22 — auf ein Jahr herabzusetzen und daneben, wie oben § 7 ausgeführt, die Schadenklage im Fall der Säumnis des Inhabers zu versagen.

II. Der Entwurf schweigt über die Kontroverse, welche Folge die *Säumnis* auf den Anspruch des Inhabers aus dem unterliegenden Verhältnis (dem *„Mutterverhältnis“*, dem *„Kausalgeschäft“*) gegen seinen unmittelbaren Vormann hat; ja er übergeht auch die prinzipielle Vorfrage, ob ein solcher Anspruch, die sogenannte *Vertragsklage,* überhaupt besteht.

Während das deutsche Checkgesetz die Frage leider dem Zivilrecht überlässt, hat erfreulicherweise das österreichische Gesetz § 19 und der ungarische Entwurf § 17 diesen Anspruch ausdrücklich und zwar für beide Fälle zugestanden, nämlich einerseits bei *diligenter* Präsentation neben dem Regressrecht

(und zwar nach Wahl des Inhabers), und andererseits bei Säumnis in der Vorzeigung (und zwar vor der subsidiären Bereicherungsklage).

Das österreichische Gesetz verdient Nachahmung. Die Vertragsklage, der Rückgriff auf das unterliegende Rechtsverhältnis wird auch nach heutigem Schweizer Recht dem Inhaber zugestanden (vgl. *Fick* S. 429 ff.). Hierbei sollte aber im Fall der *Säumnis,* wie das österreichische Gesetz am Schluss des § 19 ausdrücklich hervorhebt, der Inhaber es sich gefallen lassen, dass der in Anspruch genommene Vormann gegen die Vertragsklage den Verlust in Anrechnung bringt, den er durch die verspätete oder unterlassene Präsentation erleidet. Eine solche Bestimmung haben auch für Deutschland die Berliner Aeltesten der Kaufmannschaft und *Simonson* gewünscht.

Höchst zweifelhaft ist es, ob dieser Abzug des durch die Säumnis erlittenen Verlustes dem Aussteller auch dann zu gestatten sei, wenn den Inhaber des Checks kein Verschulden an der verspäteten Präsentation trifft. Auch hierfür wäre eine Entscheidung des Gesetzgebers im Sinne des österreichischen Gesetzes nur wünschenswert (vgl. Z. f. H. R. 61, S. 105, übrigens auch *Breit* a. a. O.).

§ 12. Klage des Inhabers gegen den Bezogenen und Konkurs des Ausstellers.

Ob dem Inhaber eine direkte Klage gegen den Bezogenen zusteht, ist bekanntlich de lege ferenda eine der Hauptkontroversen des Checkrechts; sind ihr doch speziell die drei Abhandlungen von *v. Canstein*, *Conrad* und *Pavlíček* in Z. f. H. R. 60 u. 61 resp. B. A. VII, S. 43, gewidmet. Auch de lege lata ist die Frage für die Schweiz höchst umstritten. *Rossel* bejaht auch in der 2. Aufl., 1905, S. 974, die Haftung des Bezogenen dem Inhaber gegenüber. „Le chèque créé dans les conditions régulières donne au porteur un *droit exclusiv* sur la pro-

vision, en sorte qu'il pourrait se faire payer par le tiré, lors même que la faillite du tireur serait prononcée dans l'intervalle. Cette solution, adoptée par la jurisprudence française, est la seule qui se concilie avec la notion du chèque de l'Article 831," *Zoller* und *Fick* haben die Frage dagegen verneint. Für *Rossel* spricht die Tatsache, dass das französische Gesetz als Vorbild für das schweizerische gedient hat, und dass in Frankreich an diesem Klagerecht gar nicht gezweifelt werden kann, wie in Z. f. vgl. R. W. III, S. 90 ausgeführt ist und auch von *Fick* S. 423 zugestanden wird. Das französische *Check*gesetz hat nur deshalb die bezügliche Bestimmung nicht ausdrücklich aufgenommen, weil es sich nach der herrschenden *Wechsel*rechtstheorie vom Uebergang des sogenannten Eigentums an der Deckung von selbst versteht. Auch das Zürcher Handelsgericht hat am 18. Oktober 1907 in einer höchst bemerkenswerten Entscheidung (Blätter für Zürcher Rechtssprechung VII, S. 119, No. 25) anerkannt, dass die von der französchen *Praxis* und *Theorie* seit *Jahrzehnten* festgehaltene Auffassung dahin gehe, „dass der *Wechsel*inhaber Eigentümer der in Händen des Bezogenen befindlichen Deckung sei"; gleichwohl aber hat das Zürcher Handelsgericht die Richtigkeit jener französischen Theorie verneint (im Gegensatz zum Urteil des deutschen Reichsgerichts vom 19. März 1907, Bd. 65, S. 359 in einem auch nach französischem Recht zu entscheidenden Fall). Der französischen Auffassung entsprechend ist das direkte Klagerecht des *Check*inhabers gegen den Bezogenen auch in Belgien, Italien, Rumänien, Portugal, den Niederlanden, Aegypten und Peru anerkannt, während es in Oesterreich, Skandinavien, Kanada und Nordamerika, Argentinien, England (anders in Schottland) und jetzt auch im deutschen Gesetz (im Gegensatz zu allen deutschen Entwürfen) nicht gewährt ist (*Conrad*, Handbuch, S. 120 ff).

Gegen die französische Auffassung von der Uebertragung des Guthabens des Ausstellers auf den Erwerber des Checks

haben sich auch in der Zürcher Handelskammer einige Mitglieder erklärt; immerhin begrüsst die Kammer in den von Oberrichter Dr. *Wächter* verfassten kritischen Bemerkungen S. 60 das direkte Anrecht des Inhabers auf die in Händen des Bezogenen liegende Deckung, weil sie „den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs und der in der Kaufmannswelt geltenden Rechtsüberzeugung entspricht".

Der gleichen Ueberzeugung hat auch Verfasser schon wiederholt, zuletzt in Z. f. H. R. 61, S. 77 ff. unter Würdigung der Gründe und Gegengründe und Anführung der weitschichtigen Literatur Ausdruck gegeben.

Der Entwurf des Bundesrates steht anscheinend auch auf diesem Standpunkt, aber er bringt ihn doch nur unvollständig zum Ausdruck; denn er begnügt sich in dem neu eingeschobenen Art. 1716 mit dem Satze: „Der Check wird durch den *Konkurs* des Ausstellers nicht aufgehoben."

Durch diese Fassung sind einerseits die verwandten Fälle, in denen über den Aussteller der Konkurs nicht eröffnet ist, ungeregelt gelassen, insbesondere der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers.

Andererseits ist die Nichtaufhebung des Checks noch immer nicht mit der Anerkennung eines *Aus-* oder *Absonderungsrechts* des Inhabers hinsichtlich des Guthabens des Ausstellers gegenüber dessen übrigen Konkursgläubigern durchaus gleichbedeutend. Die Nichtaufhebung des Checks *berechtigt* dem Wortlaute nach wohl den Bezogenen, den Check des in Konkurs geratenen Ausstellers zu honorieren; es *verpflichtet* ihn aber noch nicht dazu und setzt das Aus- oder Absonderungsrecht nicht unzweideutig fest. Gerade dies Recht aber ist dem Inhaber notwendig, und es wird ihm in Frankreich, Belgien, Italien, Rumänien, den Niederlanden, Aegypten und Peru gewährt. Das Recht ist, obwohl viel bekämpft (in der Schweiz besonders von *F. Fick* S. 408 bis 411), de lege ferenda doch von namhaften Autoren

(*Kohler, von Canstein, Thorwart*) gefordert und nach einer von *Heilbrunn* veranstalteten Enquête auch von vielen deutschen Bankinstituten gewünscht worden. Es darf in dieser Beziehung auf meine Ausführungen in Z. 61, S. 88 u. 89 verwiesen werden (vgl. über den Check im Konkurse des Ausstellers auch noch *Buff* S. 88 f., *Conrad* S. 218 ff., *Simonson* in *Gruchots* Beitr., Bd. 50, S. 44; *Fürst* in der Leipz. Z. II, Sp. 407, sowie *Herzfeld* ebendaselbst, Sp. 439, und die dort Zitierten). So empfiehlt es sich denn, etwa nach dem Vorbild und unter Erweiterung des leider gestrichenen § 11 des vorläufigen Entwurfs eines deutschen Checkgesetzes vom Juli 1907 zu bestimmen. „Der *Bezogene haftet* dem *Inhaber* des Checks für die Zahlung des Checkbetrages, soweit er zur Zeit der Vorlegung des Checks dem Aussteller gegenüber zur Einlösung desselben verpflichtet ist. Der Tod, der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit, der Ablauf der Vorlegungsfrist und der *Konkurs* des Ausstellers, sowie die *Kenntnis* von diesem Konkurs sind auf das *Recht* und die *Pflicht* des Bezogenen zur Zahlung ohne Einfluss."

Jedenfalls ist es dringend erwünscht, dass der Gesetzgeber die Streitfrage entscheidet.

§ 13. Formularverwahrung und Checkfälschung.

Der Entwurf bringt in Art. 1709, Abs. 2 im Anschluss an den Checkvertrag folgende dem bisherigen Gesetz fehlende Bestimmung: „Der *Gläubiger* ist in der *Ausübung seiner Rechte,* wie *namentlich* in bezug auf die *Verwahrung* der Checkformulare, die ihm übergeben sind, zu *aller Sorgfalt* verpflichtet."

Dieser Zusatz gibt zu folgenden Bedenken Anlass.

1. Zunächst ist der Ausdruck „Gläubiger" nicht ganz einwandfrei, wie schon oben in § 6 ausgeführt worden; der

Empfänger der Checkformulare ist oft nicht Gläubiger, sondern Schuldner seines Bankiers.

2. Die Vorschrift, dass der Gläubiger zur Sorgfalt „in der Ausübung seiner Rechte“ verpflichtet sei, ist — von dem Spezialfall der Formularverwahrung abgesehen — ungemein vag. Zu diesem Rechte gehört doch auch die Befugnis zur Weiterbegebung und zum Einzug. Soll nun der Aussteller, der etwa seine Lieferanten mit Checks bezahlt, die Verpflichtung haben, mit aller Sorgfalt die Zuverlässigkeit des Checkempfängers zu prüfen? Soll der Aussteller wirklich, falls ein Remittent die Checksumme gefälscht hat, wegen ungenügender Sorgfalt bei der Begebung dem Bezogenen haften? Auch würde bei der allgemeinen Fassung des Zusatzes vielleicht eine generelle Pflicht zur Präsentation daraus gefolgert werden können, während eine solche, wie § 10 am Ende erwähnt, doch nur ausnahmsweise anzunehmen sein dürfte.

3. Es ist in dem Entwurf nicht gesagt, *wem* gegenüber diese Sorgfaltspflicht besteht. Gemeint ist wohl nur der zu beziehende Gegenkontrahent des Checkvertrages. Bei der ganz unbestimmten Fassung wäre aber auch einem späteren Inhaber die Möglichkeit gegeben, den Aussteller wegen nicht sorgfältiger Ausübung seiner Rechte haftbar zu machen, etwa wegen einer unvollständigen Ausfüllung des Checkformulars, wegen ungenügender Datierung, wegen seiner nur ziffermässigen Angabe der Checksumme, sofern infolgedessen der Urkunde der Checkcharakter und dem Inhaber daher der Regress versagt worden ist.

4. Die Anhaltung zur sorgfältigen Aufbewahrung der Formulare erhebt eine bisher nur vertragsmässige Pflicht zur gesetzlichen und sanktioniert somit die Entscheidung, die das Bundesgericht am 22. September 1898 abgegeben hat.

Durch diese Vorschrift ist die Haftung für den aus der unsorgfältigen Verwahrung der Formulare entstehenden Schaden, insbesondere die Haftung für die Fälschung der Unter-

schrift auf einem entwendeten Checkformulare, dem Aussteller gesetzlich auferlegt; man kann das trotz mancher Bedenken immerhin de lege ferenda billigen.

Nicht zu billigen ist es dagegen, dass der Entwurf über die Frage — die wechselrechtlichen Normen der Artikel 801 und 802 treffen diesen Fall natürlich nicht — schweigt, wer den Schaden zu tragen hat, der aus der Fälschung eines sorgfältig aufbewahrten und ordnungsmässig ausgestellten Checks entstanden ist; ebenso ist die Haftung im Falle beiderseitigen Verschuldens leider nicht geregelt. Auch für diese Fälle sollte aber der Gesetzgeber Normen erlassen, und zwar — nach dem Vorbilde des österreichischen Gesetzes § 20 und des ungarischen Entwurfs § 22 — *absolute* Normen, um zu verhindern, dass die Schadenshaftung in jenen Fällen auf den wirtschaftlich schwächeren Teil — das wird meist der Aussteller sein — durch den Checkvertrag abgewälzt wird. Das deutsche Gesetz hat mit Rücksicht auf den Widerspruch der Banken von jeder bezüglichen Norm und jedem Eingriff in die Freiheit des Checkvertrages leider abgesehen; die Schweiz sollte in dieser Frage das Interesse des Publikums über das der Banken stellen und sich dem österreichischen Gesetze anschliessen (vgl. meinen Aufsatz in Z. f. H. R. 61, S. 111 ff., Budapester Konferenz S. 110 ff., *Ehrenberg* in D. J. Z. XII, Sp. 1298 ff., *Buff,* S. 114 ff. und die dort Zitierten).

§ 14. Lücken des Entwurfs. Subsidiarität des Wechselrechts.

In seinem Referat für den schweizerischen Juristenverein im Jahre 1900 (S. 668) bezeichnete *Janggen* den Zustand unserer gesetzlichen Regelung des Checkwesens als „embryonal“. Auch nach den 3 Zusätzen, die der Entwurf vom 3. III. 1905 uns bringt, würde das Gesetz noch sehr unvoll-

kommen sein. Auf eine Reihe von Lücken haben wir schon hingewiesen; damit ist aber das Register ganz und gar nicht abgeschlossen. Schon die äussere Vergleichung der Zahl und Länge der 9 Artikel unseres Entwurfs mit den 30 resp. 29 Paragraphen der beiden neuesten Checkgesetze zeigt die Ergänzungsbedürftigkeit des Entwurfs.

Dieser Mangel wird auch keineswegs durch die in Artikel 817 ausgesprochene *Subsidiarität* der Bestimmungen über die *Tratte* beseitigt; enthält doch auch das österreichische Gesetz eine analoge Verweisung auf die allgemeine Wechselordnung (§ 20) und ist gleichwohl um so vieles umfangreicher.

Jedenfalls ist es dringend zu empfehlen, auch bezüglich jener Verweisung dem österreichischen Gesetz zu folgen und diejenigen Artikel der Wechselordnung ziffermässig zu bezeichnen, in denen das Wechselrecht sinngemäss zur Geltung gelangen soll (vgl. Z. f. H. R. 61 S. 124 und 125). Hat doch die vom Entwurf Artikel 1717 herübergenommene Fassung des Art. 836 O.-R. mit ihrer unbestimmten Klausel „soweit sie“ (d. h. die Bestimmungen über den gezogenen Wechsel) „mit denjenigen dieses Titels nicht in Widerspruch stehen“, sich ganz und gar nicht bewährt. Jene Klausel ist vielmehr zum Ausgangspunkt einer Reihe von Kontroversen geworden.

So erwähnten wir bereits den vom Entwurf jetzt entschiedenen Streit über die Indossabilität des Checks ohne Ordreklausel, sowie die Kontroverse über die Wirkung oder Wirkungslosigkeit des freiwillig erteilten Akzepts. Andere Streitpunkte bilden die Notwendigkeit des formellen Protestes — der von *Zoller*, *Haberstich*, *Fick*, *Curti* und *Glücksmann* S. 104 verlangt, von *Schneider*, *Hafner* und *Rossel* für nicht erforderlich erachtet wird — ferner die Frage der Zulässigkeit der Duplikate, des Domizilvermerks, der Quittierungspflicht, des Aval, der Pflicht zur Annahme von Teilzahlungen, der Notadresse, der Ehrenzahlung (vgl. Z. f. H. R. 61, S. 187).

Eine der empfindlichsten Lücken aber bildet der Mangel jeder Bestimmung über das *Widerrufsrecht,* das nach Analogie des Anweisungsrechts (Art. 412) dem Aussteller dem Bezogenen gegenüber vielfach zugesprochen wird, aber mit dem französischen Recht, das doch als Vorbild gedient hat, ganz unvereinbar ist. Hier muss der Gesetzgeber zwischen dem englischen und französischen System wählen. Für das erstere ist namentlich *F. Fick,* sowie der scharfsinnige ungarische Advokat *Sichermann* — in seiner Schrift Widerruf und Checkverlust, Kassa 1907 — und auf der Budapester Konferenz der Vertreter der deutschen Industriellen Dr. *Wendland* (S. 67 und 80) energisch eingetreten. Für das französische System dürfte aber doch Treu und Glauben und das grössere Bedürfnis sprechen; denn wer möchte wohl einen Check statt baren Geldes nehmen, wenn er sich der Möglichkeit ausgesetzt sähe, bei der Präsentation zu erfahren, dass der Aussteller den Check widerrufen habe?

Da die Botschaft S. 52 das Prinzip ausspricht, dass der Check durch den Konkurs des Ausstellers nicht widerrufen wird, so scheint es wohl nur konsequent, dass diese Unwiderruflichkeit auch der Willkür des Ausstellers gegenüber gewährleistet wird. Zum mindesten sollte der vom § 13 des deutschen und österreichischen Gesetzes gewählte Mittelweg eingeschlagen und die Unwiderruflichkeit, wenn nicht dauernd, so doch wenigstens für die gesetzliche Präsentationsfrist gesichert werden, ein Verfahren, das freilich neuerdings von *Herzfeld* in der Leipziger Zeitschrift II, S. 435 ff. bekämpft wird. (Vgl. auch Z. f. J. R. 61, S. 84 ff., Budapester Konferenz S. 78—88, *Kuhlenbeck* S. 72 ff., *R. Koch* in D. Wirtsch. Z. IV, Sp. 149.)

Weiter wären auch die wichtigen und intrikaten Fragen des internationalen Privatrechts weit eingehender zu regeln, als dies in den Bestimmungen der Wechselordnung (O. R. 822—824) geschehen ist; die Verhandlungen der Checkkon-

ferenz S. 13, 30 und 78) bieten reiches Material; vgl. auch Z. f. H. R. 61, S. 117. Nicht minder wäre auch die Frage der Gültigkeit der nicht in Anweisungsform gekleideten Qnittungschecks zu entscheiden und der Check mit der alternativen Inhaberklausel, wie im Deutschen Gesetz § 4, für ein wirkliches Inhaberpapier zu erklären (Vgl. *Breit* in B. A. VII, S. 151 ff.

Endlich sollte der Gesetzgeber auch die zertifizierten, die gekreuzten und die Verrechnungschecks nicht ungeregelt lassen und nach dem Vorgang des deutschen Gesetzes die Vereinfachung des Protestes wenigstens für den Check nicht länger aufschieben.

Als Resultat unserer Prüfung ergibt sich sonach, dass zwar die Ergänzungen und Modifikationen des Entwurfs vom 3. März 1905 im Prinzip zu billigen sind, dass aber damit das Revisionswerk keineswegs als abgeschlossen zu erachten ist, dass vielmehr noch eine ganze Reihe formeller und materieller Abänderungen am geltenden Schweizer Checkrecht vorzunehmen, besonders aber die zahlreichen Lücken zu ergänzen und viele aufgetauchte Streitfragen vom Gesetzgeber zu entscheiden sind. So wenig auch ein allzu kasuistisches Gesetzbuch, im Geiste etwa des preusischen Landrechts, wünschenswert erscheint, so ist doch auch ein allzu dürftiges nicht zu empfehlen. Es gilt nicht neue Streitfragen und seltene Tatbestände auszuklügeln und zu normieren; wohl aber ist es geboten, oft aufgeworfene und lebhaft umkämpfte, praktisch bedeutsame und jeden Tag drohende Streitfragen ein für allemal zu entscheiden. Gewiss können erfahrene Richter auch ohne Kodifikation und Spezialgesetze schwierige Rechtsfragen angemessen beantworten; aber diese Rechtfindung erfolgt auf Kosten der rechtsuchenden Parteien

und verstrickt sie in zeitraubende Prozesse. Bei der Bedeutung, die das Checkrecht insbesondere für den Kaufmann besitzt, darf auch hier an das geflügelte Wort erinnert werden, das der Schweizer Kodifikator *Walter Munzinger* vor fast einem halben Jahrhundert geprägt hat, an das Wort von „dem oft vernommenen Wunsche des Kaufmanns, in jeder Lage bestimmt zu wissen, woran er ist, fast gleichgültig dabei, ob so, ob anders". So erscheint uns denn eine reichere Ausgestaltung des checkrechtlichen Abschnittes geboten im Interesse der dem Handel und Verkehr unentbehrlichen *Rechtssicherheit.* „Die *durch ein Gesetz geschaffene Rechtssicherheit wirkt*" aber, wie die „Begründung" zum Deutschen Entwurf vom 9. Januar 1908 so treffend hervorhebt, „*zweifellos fördernd auf den Checkverkehr ein, indem sie das Vertrauen weitester Kreise in ihn zu erhöhen geeignet ist.*"

Der Arbeitserwerb des Kindes.

Von Prof. **H. F. Hitzig.**

In jeder Gesetzgebung begegnen wir Problemen, bei denen mehrere Prinzipien, die sonst das Gesetzgebungswerk beherrschen und ihm Richtung und Eigenart geben, sich zu kreuzen und nach verschiedenen Lösungen zu drängen scheinen. Eine solche Schwierigkeit kann sich namentlich dann ergeben, wenn der Gesetzgeber ebenso bestrebt ist, ein durch und durch modernes Werk zu schaffen, wie er anderseits darnach trachtet, Institutionen der Vergangenheit, die ihm als wertvolles Zeichen nationaler Eigenart erscheinen, zu erhalten oder gar neu zu beleben. Zu diesen Problemen gehört auch der *Arbeitserwerb des Kindes:* auf der einen Seite weist die ganze Richtung unsererer Zeit im „Jahrhundert des Kindes“ auf eine grössere persönliche und ökonomische Selbständigkeit des entwickelten Kindes, nach einer Befreiung seiner Persönlichkeit; auf der andern Seite will unser schweizerisches Zivilgesetzbuch die Idee der Familiengemeinschaft befestigen und im besondern auch die Gemeinschaft der Eltern und Kinder sittlich und rechtlich gehaltvoller gestalten.

Der Arbeitserwerb des Kindes: wir denken in unserer Zeit des Kinderschutzes dabei zunächst an die sozialpolitische Gesetzgebung über die Kinderarbeit in Fabriken und in anderen gewerblichen Betrieben. Hier soll aber unter Kind nicht das Kind im Sinn der Kinderschutzgesetzgebung verstanden sein, sondern das *Kind im familienrechtlichen Sinn,* d. h. die noch unter der väterlichen (elterlichen) Gewalt stehende Person.[1]) Dabei ergibt sich sofort, dass die *praktische Bedeutung* der Frage wesentlich davon abhängig ist, wie

[1]) Ueber das in *Altersvormundschaft* stehende Kind s. u. S. 157.

lange die väterliche Gewalt, oder — wo die Zeitdauer dafür differiert[2]) — wie lange wenigstens der väterliche Niessbrauch andauert; je länger das Kind nach der Anordnung des Gesetzes in der Gewalt verbleibt, umso grösser ist die Möglichkeit, dass es durch Arbeit beträchtliche Summen erwirbt; bei dem Kinde im engern Sinn ist diese Möglichkeit — von Wunderkindern (jugendliche Virtuosen, jugendliche Erfinder) kann hier füglich abgesehen werden — gering; auch da, wo die Arbeit gesetzlich zulässig ist, wird es sich kaum um Lohnbeträge handeln, die die Unterhaltskosten des Kindes übersteigen; die tatsächliche Erwerbsmöglichkeit steigt mit dem Alter, mit der zunehmenden geistigen und körperlichen Reife, mit der Bildung und Erfahrung; für junge Leute, deren Alter dem — positivrechtlich verschieden bemessenen — Volljährigkeitsalter sich nähert, können bereits erhebliche Erwerbschancen in Betracht kommen, namentlich etwa dann, wenn sich — in unserer Zeit der Spezialisierung — das Kind frühzeitig für eine Spezialität ausbildet, in welcher sein Angebot heute noch einer regen Nachfrage begegnen wird.

Für die familienrechtliche Behandlung des Arbeitserwerbs des Kindes kommen folgende Unterscheidungen in Betracht:

a) Arbeit des Kindes im Haushalt der Eltern (häusliche Dienste im engern Sinn);

b) Arbeit des Kindes im Erwerbsgeschäft der Eltern,[3]) sei es, dass die Eltern selbst das Geschäft betreiben oder als Arbeitnehmer eines Dritten ihre Kinder zur Mitarbeit heranziehen (z. B. Mitarbeit der Kinder bei Accordarbeit der Eltern);

---

[2]) Wie im französischen Rechte, Code civil 384, 388.

[3]) Das deutsche Kinderschutzgesetz vom 30. III. 1903 unterscheidet durchweg zwischen der Beschäftigung eigener und fremder Kinder; die Beschäftigung eigener wird in einem Alter zugelassen, in welchem das fremde Kind nicht beschäftigt werden darf.

c) Arbeit des Kindes im Dienst eines Dritten;[4])

d) Arbeit des Kindes im eigenen Geschäft (selbständiges Erwerbsgeschäft des Kindes.[5])

Zwischen diesen vier Hauptmöglichkeiten finden sich Uebergänge. Die Arbeitsleistung des Kindes erfolgt bald auf Grund eines eigentlichen Arbeitsvertrages, bald ohne einen solchen. Die Einwilligung der Eltern zur Arbeitsleistung des Kindes kann tatsächlich vorhanden sein oder fehlen. Auch die Art der Arbeitsleistung kann differieren; es kann sich um Leistungen handeln, die überhaupt nur von Kindern verrichtet werden können (z. B. Darstellung von Kinderrollen auf der Bühne), oder — in der Regel — um Arbeit, für die sich auch der Erwachsene eignet.

Im folgenden soll zunächst (I) ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung der Frage geworfen und ihre Ausgestaltung im heutigen Recht skizziert werden; in einem zweiten Abschnitt (II) werden die Bestimmungen unseres Zivilgesetzbuches besprochen und kritisiert; dabei sollen auch einzelne Fragen, die im Gesetz nicht besonders geregelt sind, erörtert werden. —

---

[4]) Ueber den Arbeitsvertrag der Kinder s. u. S. 145 ff.

[5]) Ueber die Unterscheidung der Fälle c) und d) s. u. S. 147.

[6]) Es ist behauptet worden, dass für gewisse Arbeiten im Fabrikbetrieb sich — wegen der Grössenverhältnisse — nur Kinder eignen. Vgl. *Herkner,* Arbeiterfrage, 4. Aufl., S. 523.

I.

Geschichtliche Entwicklung. Ueberblick über das geltende Recht.

Die gesetzliche Regelung des Arbeitserwerbs des Kindes beginnt im deutschen Rechtsgebiet verhältnismässig spät. Die Quellen des Mittelalters wissen von einer besondern Behandlung des Arbeitserwerbes des Kindes nichts. *Heusler*[1]) erklärt dies daraus, dass solcher Verdienst des Kindes wenig in Betracht kam; das vom Vater noch nicht abgesonderte Kind war nicht nur in bäuerlichen Verhältnissen, sondern auch in den bürgerlichen des Kaufherrn und Handwerkers in der Wirtschaft des Vaters tätig und „was es da verdiente, fiel ohne weiteres und selbstverständlich in das Vermögen des Vaters"; stand das vom Vater noch nicht abgesonderte Kind ausnahmsweise im Dienste eines Dritten, so liess man auch diesen Erwerb dem Vater zufallen.

Erst in den letzten Jahrhunderten, besonders in den grossen Kodifikationen des ausgehenden achtzehnten und beginnenden neunzehnten Jahrhunderts begegnet man besondern Bestimmungen über den Arbeitserwerb des Kindes, und zwar in dem Sinn, dass dieser Erwerb dem Kinde — in verschiedener Gestalt und mit verschiedener Begrenzung — zugewiesen wird. Die Aenderung in der Gesetzgebung ist wesentlich auf zwei Faktoren zurückzuführen: auf die Rezeption des römischen Rechts und auf die neueren natur-

[1]) Institutionen des deutschen Privatrechts II, S. 442.

rechtlichen und pädagogischen Lehren. Die *Rezeption des römischen Rechts* brachte das peculium castrense und quasi castrense; die Prüfung der römischen Quellen zeigte, wie ein Volk, das in seiner klassischen Zeit von dem rücksichtslosen Prinzip der Vermögenslosigkeit des Kindes ausgegangen war, gerade für den Arbeitserwerb des Kindes als Soldat, Beamter usw. in allmählicher Entwicklung ein freies Kindesvermögen entwickelt hatte. Das Prinzip des römischen Rechts erfuhr in der gemeinrechtlichen Praxis eine Ausweiterung insofern, als man dem Soldatendienst und der Bekleidung des Amtes „jede wissenschaftliche oder künstlerische Würde oder Tätigkeit" gleichstellte; die oben erwähnten Gesetzbücher sind zum Teil noch weiter gegangen, indem sie überhaupt jeden Erwerb aus eigener Tätigkeit dem Kinde zusprachen.[2]) — In zweiter Linie ist die geschichtliche Entwicklung gefördert worden durch die *naturrechtliche Lehre:* hier wird die Möglichkeit eines besondern Kindesvermögens, herrührend aus der (schöpferischen) Arbeit des Kindes, anerkannt, freilich auch betont, dass es sich dabei regelmässig nicht um grosse Beträge handeln könne; den Eltern wird ein Recht auf den Arbeitserwerb des Kindes nur insoweit eingeräumt, als sie Auslagen für Unterhalt und Erziehung der Kinder zu tragen haben: die Tendenz der Naturrechtslehrer geht überhaupt dahin, im Eltern- und Kindesrecht die *Pflicht* der Eltern in den Vordergrund zu stellen: da sie das Kind in die Welt gebracht haben, seien sie verpflichtet, soweit dies in ihren Kräften stehe, das Kind mit diesem Zustand zufrieden zu machen (Zeiller). Besonders wird betont, dass die Institution des peculium castrense auch mit den Prinzipien des Natur-

---

[2]) *Fitting,* das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung (1871), S. 566 ff.; *Stobbe-Lehmann,* deutsches Privatrecht IV, S. 420 ff.

rechts in Einklang stehe.[3]) — Unterstützend traten neben diese Lehren des Naturrechts die neuen Lehren über die *Erziehung des Kindes;* auch hier (Locke, Rousseau, Enzyklopädisten) findet sich das Bestreben nach möglichster Selbstständigmachung des Kindes; die väterliche Gewalt soll nur soweit und nur solange wirksam sein, als das Kind zu seiner Erziehung ihrer bedarf.[4])

2. Ueberblickt man die heutige Gesetzgebung von *Europa,*[5]) so zeigt sich zunächst, dass die *Ausgestaltung des elterlichen Vermögensrechts* in verschiedenen Staaten nach sehr verschiedenen Grundprinzipien geregelt ist; so verschieden aber diese Ordnungen sind, in jeder dieser Ordnungen begegnen wir wieder *besondern Normen über den Arbeitserwerb des Kindes;* der Arbeitserwerb erscheint überall als eine besondere Kategorie des Kindeserwerbs.

Man kann mit *Lehmann,* (s. Anm.) drei Hauptsysteme des elterlichen Vermögensrechts unterscheiden und sie, je nach der Begründung und Ausgestaltung der Befugnis, die dem Vater im Prinzip zusteht, nennen: väterliche Gewalt, väterliche Unterhaltung und väterliche Vormundschaft. Nach dem

---

[3]) *Pufendorf,* de jure naturae et gentium VI 2, § 8; *Zeiller,* natürliches Privatrecht (1802), § 168; *Schnabel,* natürliches Privatrecht (1842), § 131. Nur bei *Fichte* findet sich die vollständige Ablehnung der Idee, dass das Kind durch seine Arbeit für sich selbst erwerbe; er meint: „der Zweck der Arbeit der Kinder ist Uebung der Kräfte für die Erziehung, und den zufälligen Nutzen derselben nehmen die Eltern mit Recht in ihr Eigentum auf." (Grundriss des Naturrechts II, S. 244.)

[4]) Vgl. besonders *Locke,* gouvernement civil Cap. V (du pouvoir paternel) und hier besonders § 18: la première partie du pouvoir paternel qui est au fonds plustôt un devoir qu'un pouvoir, savoir l'éducation, appartient au père en sorte qu'il finit dans un certain temps, car lorsque l'éducation est achevée, ce pouvoir cesse.

[5]) Vgl. *K. Lehmann,* die elterliche Gewalt im Vermögensrechte des heutigen Europa in Jahrb. f. Dogm. n. F. XIII (1887), S. 142 ff.; *E. Lehr,* de la puissance et de la tutelle paternelle d'après les principaux codes de l'Europe in Rev. d. droit international et de legislation comparée, IIe Série, tome IX (1907), p. 52 ff., 171 ff.

ersten System erhält der Vater *Eigentum* am Kindeserwerb, nach dem zweiten *Nutzungs- und Verwaltungsrecht*, nach dem dritten lediglich *Verwaltungsrecht*. Die besondere Behandlung des Arbeitserwerbs führt bei allen Systemen dahin, dass die Kompetenzen des Vaters hier, bezüglich des *Arbeitserwerbs*, geringere sind, als bezüglich des *übrigen Erwerbs*.

Das *System der väterlichen Gewalt* ist das System des klassischen römischen Rechts (Prinzip der Vermögenslosigkeit des Kindes); davon haben die Römer selbst noch in klassischer Zeit eine Ausnahme geschaffen für eine besondere Kategorie des Arbeitserwerbs, für den Lagererwerb (peculium castrense); es ist bezeichnend, dass es sich hier um eine Arbeit handelt, die ihrer Natur nach vom Kinde ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft verrichtet wird. Von den heutigen Gesetzgebungen stehen auf dem Boden des Gewaltsystems das *spanische* und das *portugiesische* Recht; auch diese Gesetze statuieren eine Ausnahme für den Arbeitserwerb, das portugiesische Recht (Art. 147) mit einer eigenartigen Unterscheidung: was das Kind durch Arbeit erwirbt, gehört dem Kind zu Eigentum;[6]) die Eltern haben nur die Nutzniessung daran; auch die Nutzniessung, wie die Verwaltung, fällt weg (freies Kindesgut) α) in bezug auf das Vermögen, das ein Kind durch seine Arbeit erwirbt, wenn es mit Zustimmung der Eltern ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft lebt und β) in bezug auf das Vermögen, das ein Kind erwirbt durch die Waffen oder durch eine künstlerische oder wissenschaftliche Tätigkeit, gleichviel ob es mit den Eltern oder getrennt von ihnen lebt.

Das *System der väterlichen Vormundschaft* gibt dem Vater lediglich eine Verwaltungsbefugnis bezüglich des Kindesvermögens; Vatervermögen und Kindesvermögen sind grund-

[6]) Während sonst der Kindeserwerb, wie oben gezeigt, nach diesem System in das *Eigentum* des Vaters fällt.



sätzlich getrennt: dieses System findet sich heute namentlich in den skandinavischen Rechten, im russischen, im österreichischen und im englischen Recht. Die besondere Behandlung des Arbeitserwerbs zeigt sich hier darin, dass den Kind — wie dem Mündel — die freie Verfügung über den Arbeitserwerb eingeräumt wird. Es kann aber hier auch in einer ganz anderen Richtung Besonderes für den Arbeitserwerb des Kindes statuiert sein; es finden sich, eben weil sonst die vollständige Trennung gilt, in diesen Rechten auch ausdrückliche Bestimmungen darüber, ob und wie lange das Kind verpflichtet ist, den Eltern Arbeit zu leisten oder ihnen seinen Arbeitsverdienst abzugeben. Besonders ausführliche Bestimmungen hat hier — in beiden Richtungen, für und gegen das Kind — das *englische*[7]) *Recht:* Der Arbeitserwerb des Kindes fällt in das Eigentum des Vaters, wenn das Kind in der häuslichen Gemeinschaft lebt und noch nicht sechzehn Jahre alt ist; ist das Kind selbständig oder hat es das sechzehnte Jahr überschritten, so verfügt es frei über seinen Erwerb. — Auch das österreichische Recht[8]) gibt dem minderjährigen Kind die freie Verfügung über den Arbeitserwerb nur dann, wenn das Kind „ausser der Verpflegung der Eltern" steht.

Das verbreitetste System ist heute das *System der väterlichen Unterhaltung,* nach welchem dem Vater *Nutzniessung und Verwaltung* in bezug auf das Kindesvermögen zusteht; die Nutzniessung dauert in der Regel ebenso lange, wie die väterliche Gewalt überhaupt; einige Gesetzgebungen lassen die väterliche Nutzniessung bereits früher erlöschen, so namentlich das französische Recht, nach welchem die väterliche Nutzniessung bereits mit dem 18., die väterliche Gewalt

---

[7]) Citate bei *Lehmann* (s. o.), S. 160 ff., *Lehr* (s. o.), S. 196 ff.

[8]) Allg. bürgerl. Gesetzbuch §§ 149—151; vgl. hierzu jetzt *Rappaport* in *Grünhuts* Zeitschrift XXXV, S. 352 ff. Der *ungarische* Entwurf (s. u.) steht auf einem wesentlich andern Standpunkt.

im übrigen erst mit dem 21. Jahre des Kindes endigt (code civil 384, 388). Auf dem Boden dieses dritten Systems stehen heute der Code civil, das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, der ungarische Entwurf, die meisten kantonalen Rechte und schliesslich unser schweizerisches Zivilgesetzbuch.

Die besondere Behandlung des *Arbeitserwerbs* zeigt sich hier in der Regel darin, dass dieser Teil des Kindesvermögens von der Nutzniessung des Vaters befreit wird, bald mit, bald ohne gleichzeitigen Wegfall der väterlichen Verwaltung. Es kommt aber auch *das* vor, dass für einzelne Kategorieen des Erwerbs und unter besondern Voraussetzungen geradezu ein *Eigentum* des Vaters statuiert wird. Schon daraus ergibt sich, dass nach diesem System mannigfache *Unterscheidungen des Arbeitserwerbs* begegnen müssen.[9]) Dies ist auch tatsächlich der Fall: die Gesetze unterscheiden etwa selbständigen (getrennten) und unselbständigen Erwerb; sie stellen darauf ab, ob das Kind durch regelmässige Arbeit oder durch aussergewöhnlichen Fleiss erwirbt;[10]) ob es selbst für seinen Unterhalt sorgt oder die Eltern dafür sorgen lässt (in der Versorgung der Eltern steht);[11]) auch auf das Alter des Kindes kann abgestellt sein.[12]) Am deutlichsten tritt hier der Zusammenhang zwischen der väterlichen Nutzniessung und der Erziehung und Unterhaltung des Kindes hervor.

3. Ueberblickt man *das geltende Recht der schweizerischen Kantone,*[13]) so zeigt sich eine bunte Musterkarte; man

---

9) Code civil 387 (travail et industrie séparés).

10) *Zürich*, §§ 668, 670; *St. Gallen*, Vormundschaftsgesetz 3, Art. 5.

11) *Ungar.* Entwurf §§ 276, 315, 920; über die *kantonalen* Gesetzgebungen s. u. Abs. 3.

12) *Zürich*, § 670, vgl. mit § 10; *Bähr*, Gegenentwurf zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs § 1367. — Das *österreichische* bürgerliche Gesetzbuch, das in bezug auf die dem Kind überlassenen Sachen in § 151 auf die Mündigkeit abstellt, verzichtet in demselben Paragraphen auf dieses Requisit in bezug auf den Arbeitserwerb.

13) *Huber*, Schweiz. Privatrecht I, S. 462 ff., vgl. S. 677 ff.; seither ist hinzugekommen das neue privatrechtliche Gesetzbuch von *Solothurn* (5. VII.

kann in bezug auf den Arbeitserwerb drei Hauptlösungen unterscheiden:

a) Kantone, die den Arbeitserwerb des Kindes *gänzlich* dem Vater zusprechen;

b) Kantone, die den Arbeitserwerb dem Kinde zusprechen und höchstens ein bestimmtes Alter oder einen ausserordentlichen Fleiss oder eine selbständige Arbeit fordern, nicht dagegen den Wegfall der häuslichen Gemeinschaft;

c) Kantone, die auf das Andauern oder Wegfallen der häuslichen Gemeinschaft abstellen und dem Kinde den Arbeitserwerb nur dann gewähren, wenn es aus der „Versorgung" oder „Verpflegung" der Eltern ausscheidet.

Zu der ersten Kategorie gehören *Glarus* und *Tessin,* zu der zweiten die *welschen* Kantone, *Zürich* und *St. Gallen,* zu der dritten *Aargau, Luzern, Graubünden* und *Bern.*

Das Zivilgesetzbuch [14]) hat sich im wesentlichen den Rechten der dritten Kategorie,[15]) für die das österreichische Recht vorbildlich war, angeschlossen.

1891), das, im Gegensatz zum frühern Gesetz 268, keine Bestimmung über den Arbeitserwerb der Kinder enthält, und das Gesetz des Kantons *St. Gallen* über das Vormundschaftswesen vom 24. V. 1888; das letztgenannte Gesetz gibt dem Vater Nutzniessung und Verwaltung; dem Vater fällt, sofern er den Unterhalt bestreitet, das zu, was das Kind durch regelmässige Arbeit erwirbt; wenn das Kind willens und imstande ist, sich selbst aus seinem Arbeitserwerb zu erhalten, so kann dies nur mit der Einwilliguug des Vaters geschehen; wird diese Einwilligung grundlos verweigert, so kann das Kind die Entscheidung der Vormundschaftsbehörde anrufen (Art. 5).

[14]) Vgl Erläuterungen zum Vorentwurf (1901) I, S. 241 ff.

[15]) Die einschlägigen Bestimmungen finden sich: *Aargau,* § 202, *Luzern,* § 74 *Graubünden* § 64; während diese Gesetzgebungen mit dem österreichischen Vorbild darauf abstellen, dass das Kind ausserhalb der Versorgung oder Verpflegung der Eltern steht, fordert das *bernische* Recht (I. Satzung 164), dass das Kind mit Zustimmung der Eltern „eine Stelle verwaltet oder auf eigene Rechnung einen Beruf ausübt."

II.

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch.

1. Vermögensrechtliche Stellung des Kindes im allgemeinen. — Das schweizerische Zivilgesetzbuch regelt die Materie des Arbeitserwerbs des Kindes in Art. 294, im Abschnitt, der von den elterlichen Vermögensrechten handelt; dazu ist heranzuziehen die Regelung der Hausgewalt in den Art. 331—334.

Der Abschnitt über die *elterlichen Vermögensrechte* hat in den verschiedenen Stadien der Beratung nur wenige Aenderungen erfahren. Die Sektionen des schweizerischen Handels- und Industrievereins, die in einem vom Redaktor des Gesetzes ausgearbeiteten Fragenschema unter anderm auch darüber angefragt wurden, ob die Ordnung des elterlichen Vermögensrechtes im allgemeinen und die des Arbeitserwerbes des Kindes „den Bedürfnissen des Verkehrs“ entsprechen, antworteten durchweg bejahend. In den Beratungen der Experten-Kommission wurden aus *argrarischen* Kreisen [1]) besondere Wünsche geltend gemacht, die dann auch Berücksichtigung fanden; sie beziehen sich aber auf den Arbeitserwerb *mündiger* Kinder und sollen deswegen vorläufig hier [2]) nicht weiter geprüft werden.

Das Gesetzbuch steht, wie die bisherige kantonale Gesetzgebung, im Prinzip durchaus auf dem Boden des sog.

---

1) Anträge und Anregungen zum Vorentwurf vom 15. Nov. 1900, eingereicht von den Sektionen des schweizerischen Handels- und Industrievereins. Zusammengestellt vom Vorort. Zürich 1901.

2) S. aber unten S. 153 ff.

Unterhaltungsprinzips, d. h. es gibt den Eltern *Verwaltung* und *Nutzung* des Kindesvermögens; dabei sind die Eltern in der Regel weder zur Rechnungsstellung, noch zur Sicherheitsleistung verpflichtet (Art. 290, 292). Die Nutzung dauert so lange die elterliche Gewalt andauert, also bis zur Mündigkeit, d. h. bis zur Vollendung des zwanzigsten Altersjahres (Art. 273 vgl. Art. 14). Die in den unmittelbar unter der Herrschaft des code civil lebenden Kantonen geltende Bestimmung, dass die väterliche Nutzung bereits vor der väterlichen Gewalt erlischt,[3]) ist von keiner Seite gewünscht worden, wie denn auch in Frankreich selbst diese Ordnung lebhaft kritisiert wird.[4]) — Die väterliche Nutzung kann auch bei Entziehung der väterlichen Gewalt andauern, sofern die Entziehung nicht wegen eines Verschuldens der Eltern erfolgt (Art. 292 und 298).

Das Nutzungsrecht der Eltern steht im engsten Zusammenhang mit ihren Pflichten gegenüber den Kindern. Deswegen sollen sie den Ertrag des Kindesvermögens in erster Linie für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes verwenden (Art. 293, 298); ausnahmsweise dürfen sie für diesen Zweck auch die Substanz des Vermögens angreifen: sind die Eltern in Not geraten oder erreichen die Kosten eine aussergewöhnliche Höhe oder liegen andere aussergewöhnliche Umstände vor, so kann die Vormundschaftsbehörde den Eltern gestatten, das Vermögen der unmündigen Kinder zu deren Unterhalt und Erziehung in bestimmten Beträgen anzugreifen (Art. 272).[5])

---

[3]) Code civil 384.

[4]) *Pascaud*, revue générale XVI (1892), S. 407; *Taudière*, traité de la puissance paternelle (1898), S. 469.

[5]) Die kaufmännische Gesellschaft Zürich wünschte in ihrer Beantwortung des oben (S. 139) erwähnten Fragebogens (S. 27) eine Ausweitung dieser Befugnis (Abschwächung des Requisits der Not, Streichung der Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde): „es sollte weniger bemittelten Eltern überhaupt möglich gemacht werden, für die Ausbildung ihrer Kinder dadurch, dass sie deren Vermögen angreifen, ein mehreres zu tun, als was ihnen ihre eigenen Mittel erlauben würden.“

2. Die Regelung des Arbeitserwerbs im Gesetz und in den Entwürfen. — Der Arbeitserwerb des Kindes wird unter der Rubrik „Freies Kindesvermögen" behandelt; nach einer Bestimmung, die einzelne Arten des Kindeserwerbs „frei von Nutzung" erklärt (Art. 294), folgen zwei Artikel, in denen andere Arten des Kindeserwerbs „frei von Nutzung und Verwaltung" erklärt werden, zunächst der Arbeitserwerb im allgemeinen (Art. 295) und dann der Erwerb im besondern Falle des eigenen Berufes oder Gewerbes (Art. 296). Hier kommt zunächst nur die allgemeine Bestimmung des Art. 295 in Betracht; er lautet in der definitiven Fassung:

Was das Kind durch eigene Arbeit erwirbt, fällt, so lange es unmündig ist und mit den Eltern in häuslicher Gemeinschaft lebt, an die Eltern.

Lebt das Kind mit Zustimmung der Eltern ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft, so kann es unter Vorbehalt seiner Pflichten gegenüber den Eltern über seinen Arbeitserwerb verfügen.

Die Redaktion dieses Artikels hat mehrfache Umänderungen erfahren.

Der *erste Absatz* enthielt ursprünglich die Worte *„so lange das Kind unmündig ist"* nicht; diese Worte wurden erst bei den Beratungen der Expertenkommission in Luzern (1901) eingesetzt; es hängt dies zusammen mit der gleichzeitig beschlossenen besondern [6]) Ordnung des Arbeitserwerbs der mündigen Hausgenossen. Anderseits enthielten die ersten Entwürfe neben dem Requisit der häuslichen Gemeinschaft noch das weitere: *„und wenn es von ihnen Nahrung und Kleidung enthält"*.

Der *zweite Absatz* enthielt ursprünglich (Entwurf 1896) [7]) einen Vorbehalt für die Eltern mit der Wendung: . . . . *„so*

---

[6]) S. u. S. 153 ff.

[7]) Nach einer freundlichen Mitteilung des Redaktors, Prof. E. Huber.

hat es über seinen Arbeitserwerb freie Verfügung, steht aber unter Aufsicht der Eltern und ist ihnen Rechenschaft schuldig.“

Bei der Beratung dieses Entwurfs im Jahre 1896 wurde diese Fassung durch eine allgemeinere ersetzt und gesagt: *„so hat es unter Vorbehalt der elterlichen Gewalt über seinen Arbeitserwerb freie Verfügung“*. Die Redaktionskommission von 1900 hat diesen generellen Vorbehalt, der auch in der ursprünglichen Fassung als vorausgesetzt gelten konnte, als selbstverständlich gestrichen, so dass dann im Departementalentwurf (1900) nur die allgemeine Formulierung erscheint, *„so hat es über seinen Arbeitserwerb freie Verfügung“*. In den Beratungen der Bundesversammlung ist dann gemäss den Anträgen der ständerätlichen Kommission der Vorbehalt der elterlichen Gewalt neuerdings wieder eingefügt und gleichzeitig das *„frei verfügen“* durch das einfache *„verfügen“* ersetzt worden.

3. **Das Prinzip des Art. 295.** — Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Gesetz bezüglich des Arbeitserwerbes nicht unterscheidet nach bestimmten Arten der Arbeitsleistung oder nach dem Mass des aufgewendeten Fleisses. Es wird vielmehr nur darauf abgestellt, ob das Kind *„mit den Eltern in häuslicher Gemeinschaft“* oder *„ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft“* lebt; der französische Text übersetzt in Absatz 1: l'enfant fait ménage commun avec eux (père et mère), in Absatz 2: l'enfant vit hors de la famille. Neben der häuslichen Gemeinschaft erscheint im Gesetz (Art. 334) an verwandter Stelle der „gemeinsame Haushalt“; im französischen Text wird dies hier mit „vivre en ménage commun“ übersetzt.

Da das Gesetz auf die *häusliche Gemeinschaft* abstellt, wird dieser Begriff eine Präzisierung erfahren müssen; er erinnert an die separata oeconomia des gemeinen Rechts (emancipatio Saxonica). Aus den Erläuterungen und aus den Proto-

kollen über die verschiedenen Aeusserungen des Redaktors und der Referenten in der Bundesversammlung ergibt sich eine ganz sichere Abgrenzung des Begriffs nicht. Die Lösung des Gesetzes soll sich dem Rechte „der Berner Gruppe“ [7]) anschliessen; hier ist aber wörtlich nirgends von der *„häuslichen Gemeinschaft“* mit den Eltern die Rede, sondern von der *elterlichen Verpflegung* oder der *elterlichen Versorgung*. Die Stelle in den Erläuterungen, die sich mit der Nichtaufnahme des Requisits der Gewährung von Kleidung und Nahrung beschäftigt (S. 242) erscheint mir nicht ganz klar; es heisst hier, die Erwähnung dieser Leistung — neben der häuslichen Gemeinschaft — sei nicht notwendig, da der Nichtbezug der Kleider und der Nahrung von den Eltern bereits den eigenen Erwerb wie die Selbständigkeit in der dessen Verwendung voraussetze. Die Frage ist klar dahin zu stellen, ob die häusliche Gemeinschaft überall da besteht, wo das *Kind bei den Eltern wohnt* oder ob sie dann wegfällt, wenn das Kind zwar im Hause verbleibt, aber ökonomisch sich selbständig gemacht hat. Der Ausdruck „häusliche Gemeinschaft“ und namentlich die französische Uebersetzung weist auf die erste Lösung [8]): danach muss das Kind, auch wenn es in der Lage ist, mehr zu verdienen, als für seinen Unterhalt erforderlich ist, den Arbeitserwerb ganz den Eltern überlassen, wenn es in der häuslichen Gemeinschaft verbleibt.

Der einzige Weg zum vollen eigenen Genuss des Arbeitserwerbes weist das Kind aus der häuslichen Gemeinschaft hinaus; aber auch dieser Weg steht dem Kinde nur offen, wenn die Eltern ihre Zustimmung erteilen; haben sie die Zustimmung erteilt, so können sie, da „die Abmachungen zwischen Kindern und Eltern für gewöhnlich prekaristischen

---

[7]) S. oben. S. 138.

[8]) Dagegen scheint der oben im Text erwähnte Satz aus den Erläuterungen davon auszugehen, dass die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft schon mit der Selbständigkeit des Kindes gegeben sei.

d. h. rechtlich ganz unverbindlichen Charakter haben" jederzeit kraft der ihnen zustehenden und jetzt ausdrücklich vorbehaltenen Gewalt das Kind „zurückrufen und so jederzeit das Verhältnis herstellen, welches sie für angezeigt halten".[9])

Es scheint uns, dass diese Lösung, die das Kind wesentlich ungünstiger behandelt, als die bisherigen kantonalen Rechte, im besondern erheblich ungünstiger als das geltende zürcherische Recht; in der Betonung der häuslichen Gemeinschaft zu weit geht; unserem modernen Empfinden entspricht eine derart patriarchalische Ausgestaltung des Eltern- und Kinderrechtes kaum. Verbleibt das arbeitende Kind in der häuslichen Gemeinschaft freiwillig oder weil ihm die nachgesuchte Trennung verweigert wird, so wird für das Kind ein wesentlicher Ansporn zur Tätigkeit und ein grosses Stück der Arbeitsfreudigkeit schwinden, wenn es den gesamten Erwerb an die Eltern gelangen sieht; dem Kinde geht dann auch die Gelegenheit verloren in Jahren, wo die elterliche Gewalt noch andauert, unter der Anleitung der Eltern sich selbst in der Kunst der Vermögensverwaltung und des Sparens zu üben. Wenn man gegenüber jeder Lösung, die dem Kinde eine grössere Freiheit verschafft, den Einwand erhebt, es sei nicht gut und vertrage sich schlecht mit der elterlichen Autorität, wenn das Kind auf seine Selbständigkeit poche, so besteht die Möglichkeit, durch besondere Kautelen der Gesetzgebung dass Missliche einer solchen Situation zu mindern. Das könnte in erster Linie durch die Bestimmung einer Altersgrenze geschehen, in dem Sinn, dass das Kind erst von der Erreichung eines bestimmten Alters an verlangen könnte, dass ihm sein Arbeitserwerb, soweit er die Kosten des Unterhalts und der Erziehung übersteigt, zu freier Verfügung überlassen bleibe in dem Sinne, dass dem Kinde,

---

[9]) So die Erläuterungen I, S. 242; ähnlich die Aeusserungen des Redaktors in der Expertenkommission und im Nationalrat.

wenn die Eltern auf eine solche Teilung des Erwerbes nicht eintreten, das Ausscheiden aus der Gemeinschaft freistehen müsste. Aehnliche Lösungen finden sich in dem Bährschen Gegenentwurf zum ersten Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und in dem ungarischen Entwurf. [10])

Bleibt man bei dem System des Zivilgesetzbuches stehen, so wird man danach trachten müssen, in der *Auslegung* des Art. 295 den Interessen des Kindes entgegenzukommen; es kann das in der Weise geschehen, dass man sich der für das Gesetz als vorbildlich bezeichneten Ordnung der Bernergruppe nähert und dem Begriff der „häuslichen Gemeinschaft" eine enge Auslegung gibt. Weiter werden für den Fall grundloser Verweigerung der Trennung die allgemeinen Normen der Art. 290 Abs. 3 und 297 herangezogen werden können, namentlich etwa dann, wenn sich eine eigentliche Ausbeutungsabsicht als Grund der Weigerung ergibt. Man erhielte auf diesem Wege dann eine ähnliche Lösung, wie sie jetzt im Vormundschaftsgesetz des Kantons St. Gallen sich findet.

4. Arbeitserwerb und Arbeitsvertrag des Kindes. — Die Arbeit, die dem Kinde Lohn einbringt, erfolgt bald auf Grund eines Arbeitsvertrags, bald ohne einen solchen; als Arbeitnehmer können die Eltern oder Dritte in Betracht kommen.

Ein Arbeitsvertrag liegt nicht vor, wenn und insoweit die Eltern gemäss gesetzlicher Ermächtigung [11]) das unmün-

---

[10]) Vgl. *O. Bähr,* Gegenentwurf (1892), S. 310 ff.; *Protokolle* zum deutschen B. G. B. IV, S. 573 ff.; *ungar. Entwurf* § 276. — Die im Text bezeichnete Lösung würde ich vorziehen der von *Lehr,* revue de droit internat. 1907, S. 209 vorgeschlagenen: er möchte nach dem Vorgang des portugiesischen Rechts unterscheiden nach der Art der Arbeit; im allgemeinen soll das Kind den Arbeitserwerb nur erhalten, wenn es ausserhalb der Gemeinschaft lebt; den Erwerb, den es als Militär oder durch künstlerische oder wissenschaftliche Tätigkeit erzielt, soll es unter allen Umständen haben, also auch, wenn es in der Gemeinschaft verbleibt.

[11]) Vgl. *Lotmar,* Arbeitsvertrag I, S. 33; es ist aber nicht ausge-

dige[12]) Kind anhalten, ihnen im Haushalt und Erwerbsgeschäft behilflich zu sein. Das Zivilgesetzbuch enthält jetzt keine besondere Bestimmung über die Arbeitsleistungspflicht des Kindes, sondern nur — wie das zürcherische Recht (§ 660) — eine allgemeine Bestimmung über die Beistandspflicht (Art. 271); der Satz, dass das Familienhaupt „von den Hausgenossen die üblichen häuslichen Dienste verlangen könne", fand sich in den Entwürfen in dem Kapitel über die Hausgewalt[13]), ist aber bei der erheblichen Reduktion, der dieses Kapitel nach den Beschlüssen des Ständerats unterzogen wurde, gefallen. Aus der Fassung des Art. 295 ergibt sich aber ohne weiteres, dass der Gesetzgeber von einer solchen Verpflichtung ausgeht; dabei dürfte es im Sinn des Gesetzes liegen, dass die Kinder nicht nur zu Diensten im Hauswesen, sondern auch zu Diensten im Geschäft der Eltern herangezogen werden können[14]), da die Beistandspflicht des Kindes (Art. 271) wie diejenige der Ehefrau (Art. 161) sich auf alles bezieht, was das Wohl der Gemeinschaft erfordert.[15])

In bezug auf den *Abschluss eines eigentlichen Arbeitsvertrages* erhebt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Kind berechtigt sei, einen solchen Vertrag abzuschliessen und sich dadurch als Arbeitnehmer zu verpflichten. — Für das bisherige Recht kamen für die Beantwortung der Frage die Art. 30 ff. des Obligationenrechts und die kantonalrechtlichen Bestimmungen des Elternrechts (elterliche Vertretung) in Betracht. So stellte sich für das *zürche-*

---

schlossen, dass auch unter Eltern und Kindern Verträge abgeschlossen werden.

[12]) Ueber die Arbeitsleistung des *mündigen* Kindes bei den Eltern s. u. S. 153 ff.

[13]) *Entwurf von 1900*, Art. 358, *Entwurf von 1904*, Art. 339.

[14]) Zweifel bei *Rümelin*, Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch S. 77 mit Rücksicht auf die Bezeichnung „häusliche Dienste" im Entwurf (1900), Art. 358.

[15]) Das deutsche Gesetzbuch spricht sowohl bei der Ehefrau (§ 1356) wie bei dem Kind (§ 1617) von Diensten „im Hauswesen und im Geschäft".

rische Recht die Frage, ob zur Eingehung eines Arbeitsvertrages die einfache Zustimmung des Vaters, wie sie das Gesetz (§ 674) für die „selbständige Betreibung eines Berufes oder Gewerbes" durch das Kind vorsieht, genügt, oder ob gemäss der allgemeinen Norm des § 674 in Verbindung mit Art. 30 des Obligationenrechts die für Eingehung von Schulden vorgesehene Zustimmung des Vaters und eines ausserordentlichen Vormunds erforderlich sei. Die Praxis [16]) hat sich — freilich nicht ohne Widerspruch — neuerdings dahin ausgesprochen, dass § 674 auch hier Anwendung finde, da mit dem Ausdruck „selbständig" (selbständige Betreibung eines Berufes oder Gewerbes) nur gemeint sei ein Betrieb ohne Mitwirkung oder Beaufsichtigung durch den gesetzlichen Vertreter, nicht aber ein *eigenes* Geschäft, im Gegensatz zu einer blossen Betätigung im Beruf eines Dritten; dabei wurde ausgeführt, dass der Eintritt in den fremden Dienst auch deswegen unter § 674 subsumiert werden müsse, weil es sonst an einer besondern Regelung dieses doch praktisch überaus häufigen Falles fehlen würde; es gehe nicht an, solche Fälle nach der *allgemeinen* Norm des § 674 zu behandeln, weil sonst jede einzelne Verpflichtung, die der minderjährige Angestellte nach seinem Eintritt bei dem Dritten eingeht, von seinem gesetzlichen Vertreter genehmigt werden müsste.

Das *Zivilgesetzbuch* enthält auch keine besondere Bestimmung über die Eingehung von Arbeitsverträgen durch minderjährige Kinder. Es sieht auch nur den Fall vor, wo dem Kind der „selbständige Betrieb eines Berufes oder Gewerbes" gestattet werden soll. Hiefür ist neben der Einwilligung des Inhabers der elterlichen Gewalt die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde erforderlich (Art. 412, 421[7], vgl. mit Art. 280) [17]).

---

[16]) Blätter für zürch. Rechtsprechung V (1906), S. 349, N. 211.

[17]) Art. 296 kommt hier nicht in Betracht, da er nichts aussagt über die *Voraussetzungen* des eigenen Betriebs.

Gegenüber dem bisherigen kantonalen Recht ergibt sich hieraus eine Erschwerung. Es kann sich fragen, ob ein Bedürfnis bestand, hier den Vater und den Vormund gleichzustellen und für beide Fälle die Zustimmung der Behörde zu fordern. Der Vater ist in ganz anderem Masse als der Vormund in der Lage, die Befähigung des Kindes zu kennen und die Verhältnisse zu überblicken; der Vormund ist dazu weniger imstande und es besteht bei ihm die Gefahr, dass er allzuleicht geneigt ist, seine Einwilligung zu erteilen, weil er vielleicht dadurch einen Teil unbequemer Arbeit und Sorge von sich abwälzt. [18])

Da eine besondere Bestimmung über den Arbeitsvertrag fehlt, so ergeben sich für das Zivilgesetzbuch nur zwei Möglichkeiten; entweder: man befolgt auch hier den von der zürcherischen Praxis eingeschlagenen Weg und subsumiert den Eintritt in die Dienste eines Dritten unter den selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes; oder: man unterstellt diesen Vertrag der allgemeinen Norm des Art. 410, wobei dann freilich für jede im Verlauf des Anstellungsverhältnisses sich ergebende Verpflichtung des Angestellten und für jeden neuen Anstellungsvertrag die elterliche Genehmigung wieder einzuholen wäre.

Die reinlichste Lösung wäre zweifellos die, dass für den *Eintritt in fremde Dienste* eine besondere Norm geschaffen würde, etwa nach dem Vorbild des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, das die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes (§ 112) trennt von der Ermäch-

---

[19]) Für eine unterscheidende Behandlung spricht sich namentlich *Dernburg*, die persönliche Rechtstellung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch (1896) aus; er betont im besondern auch, dass das eigene Interesse den Vater zur Vorsicht mahne, da er, wenn das Kind sein Vermögen vertut, mit seinen eigenen Mitteln das Kind wieder alimentieren muss, während der Vormund, ausser im Fall nachweislichen Verschuldens, nichts riskiert.

tigung, „in Dienst oder Arbeit zu treten“ (§ 113)[20]); dabei dürften wie im deutschen Recht für die Eintrittsermächtigung leichtere Voraussetzungen aufgestellt werden, als für die Betriebsermächtigung. Entsprechende Vorschläge sind auch bereits für die Revision des Obligationenrechts gemacht worden von *Lotmar*[21]) und von der sozialdemokratischen Partei; die letztere schlägt in ihrem Entwurf des Dienstvertrages[22]) als § 2 folgende Bestimmung vor:

„§ 2. Einem über vierzehn Jahre alten Unmündigen kann die nach Art. 410 erforderliche Zustimmung als allgemeine schriftlich mit dem Erfolg erteilt werden, dass er fähig wird, als Arbeitnehmer eine Reihe von Dienst- oder Werk-

---

[20]) Die Ermächtigung wird dem Minderjährigen im Fall des § 112 vom gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, im Fall des § 113 einfach vom gesetzlichen Vertreter erteilt; im letztern Falle wird der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art. Freilich bleiben auch bei dieser Lösung manche Zweifel bestehen, vgl. *Pfaefflin*, in den Beiträgen zur Erläuteruug des deutschen Rechts, Bd. 48., S. 1 ff. und v. *Blume*, Jahrb. f. Dogm., Bd. 48, S. 436 ff. Eine besondere Bestimmung über die Bewilligung zum Diensteintritt enthält jetzt auch der *ungarische* Entwurf, § 919. Nach *englischem* Recht ist ein vom Minderjährigen selbständig geschlossener Vertrag über Eingehung eines Dienstverhältnisses von Anfang an vollgültig, wenn er, im ganzen betrachtet, für den Minderjährigen vorteilhaft ist, vgl. *Schirrmeister*, das bürgerliche Recht Englands I, S. 252 ff.

[21]) *Lotmar*, der Dienstvertrag im Entwurf des Zivilgesetzbuches (1905); hier geht Lotmar freilich — im Gegensatz zur Praxis — davon aus, dass eine Unterstellung des Falls unter die Norm des Art. 412 (selbständiger Betrieb eines Berufs oder Gewerbes) ausgeschlossen sei.

[22]) Zur Revision des schweizerischen Obligationenrechts. Anträge der vom Parteitag der schweizerischen sozialdemokratischen Partei gewählten Kommission zum bundesrätlichen Gesetzentwurf vom 3. Mai 1905, Zürich 1908, S. 8.

verträgen bestimmter Art mit allen Rechtsfolgen wie ein Mündiger einzugehen.

Die Zustimmung kann anfänglich oder hinterher beschränkt und kann widerrufen werden.

Wird die allgemeine Zustimmung vom Vormund versagt, so kann sie von der Vormundschaftsbehörde erteilt werden."

5. Bezug und Verwendung des Arbeitserwerbs. — Das Zivilgesetzbuch erklärt den Arbeitserwerb, soweit er überhaupt dem Kinde zufällt, frei von Nutzung und Verwaltung der Eltern; das Kind „verfügt" frei über diesen Erwerb. Es erscheint hiernach befähigt, selbst den Arbeitslohn zu beziehen und darüber zu quittieren; es steht bei ihm, wie es über denselben disponieren will; vorbehalten bleibt die allgemeine Vorschrift des Art. 271.

Es ist möglich, dass das ausser der Gemeinschaft lebende und nach Art. 295[3] für sich selbst erwerbende Kind seinen Erwerb den Eltern übergibt; eine solche Uebergabe kann rechtlich eine verschiedene Bedeutung haben; es kann darin eine endgültige Zuwendung liegen (Schenkung, Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht), es kann eine Hingabe zum Zweck der Verwaltung oder ein Darlehen sein. Im Zweifel wird nicht hier anzunehmen sein, dass die Hingabe eine endgültige sein soll; das Kind hat im Zweifel ein Rückforderungsrecht, da es trotz seiner Verpflichtungsunfähigkeit wohl imstande war, durch die Hingabe seines Vermögens ein solches Recht für sich zu erwerben. So ist auch in der bernischen Praxis entschieden worden.[23]) —

Einzelne neuere Gesetzgebungen, die den Arbeitserwerb wohl der Nutzniessung, aber nicht auch der Verwaltung der Eltern entziehen, enthalten besondere Bestimmungen über

[23]) Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. XLI (1905), S. 671 ff.

den Bezug des Arbeitslohns; sie regeln die Frage, ob der Lohn vom Dienstherrn an das Kind oder an die Eltern abzuliefern sei.

Für das *deutsche Reich*[24]) kommt in Betracht der zweite Absatz des Art. 119a der Gewerbeordnung (Novelle vom 1. VI. 1891); hier ist angeordnet, dass Gemeinden durch statutarische Bestimmungen für alle Gewerbebetriebe oder gewisse Arten derselben festsetzen können: 1. dass der von minderjährigen Arbeitern verdiente Lohn an die Eltern oder Vormünder und nur mit deren schriftlicher Zustimmung oder nach deren Bescheinigung über den Empfang der letzten Lohnzahlung unmittelbar an die Minderjährigen gezahlt wird; 2. dass die Gewerbetreibenden den Eltern oder Vormündern innerhalb gewisser Fristen Mitteilung von den an minderjährige Arbeiter gezahlten Lohnbeträgen zu machen haben. —

Belgien hat einschlägige Bestimmungen in dem Gesetz vom 10. März 1900 über den *contrat de travail*[25]); diesem Vorbild folgt in Frankreich der Entwurf eines Gesetzes über den contrat de travail, dessen Text eben jetzt als texte de la commission du travail de la chambre des députés veröffentlicht wird. Hiernach soll der vom Arbeitserwerb des Kindes handelnde Art. 387 des code civil folgenden Zusatz erhalten[26]):

Le paiement fait par l'employeur à l'employé mineur de la rémunération qui lui est due, est valable si le père ou le tuteur de l'employé n'y a pas mis préalablement opposition.

En cas d'opposition par lettre recommandée ou par voie extrajudiciaire le juge de paix peut, soit d'office, soit sur

---

[24]) Den Arbeitserwerb des Kindes regelt B. G. B. § 1651 („was das Kind durch seine Arbeit erwirbt").

[25]) Vgl. Annuaire de législation étrangère; die einschlägigen Bestimmungen finden sich in Art. 34 ff.

[26]) Vgl. jetzt Bulletin de la société d'études législatives VII (1908), S. 293 ff.

simple réquisition d'un parent ou d'un tiers, et après avoir entendu le père ou le tuteur, autoriser le mineur à recevoir tout ou partie de la rémunération de son travail.

Nach dem *belgischen* Gesetz, das mit dem französischen im wesentlichen übereinstimmt, kann der Friedensrichter auch désigner un tuteur adhoc toujours révocable chargé de disposer de cette rémunération pour les besoins du pupille.

Auch in dem *ungarischen Entwurf* (§ 276) ist ein Entscheid derVormundschaftsbehörde vorgesehen[27]) über die Frage, zu welchem Teil der Arbeitgeber den Erwerb des Kindes unmittelbar zuhanden der Eltern oder des Kindes auszuzahlen habe. —

In Bezug auf die *Verwendung des Arbeitserwerbs* werden in *Frankreich* und *Belgien* Bestimmungen der Sparkassengesetze[28]) als Einrichtungen im Sinn einer *protection du salaire du mineur*[29]) erwähnt. Diese Bestimmungen gehen dahin, dass die Sparkassen Einlagen ohne weiteres auch von Minderjährigen entgegennehmen; die Minderjährigen können, wenn sie das Alter von 16 Jahren erreicht haben, die Beträge auch wieder zurückziehen (retraite), sofern nicht eine Einsprache des gesetzlichen Vertreters stattfindet (sauf opposition de la part de leur représentant légal): in dem belgischen Gesetz (Art. 23 quater) ist die Möglichkeit des Rückzuges in der Weise eingeschränkt, dass der monatliche Rück-

---

[27]) In dem Fall, wo der Arbeitserwerb grösser ist als der Betrag, der für die Unterhaltskosten des Kindes erforderlich ist.

[28]) In *Frankreich* das Gesetz vom 20. VII. 1895 (loi sur les caisses d'épargne), in *Belgien* das Gesetz vom 10. II. 1905 (loi sur l'épargne de la femme mariée). Vgl. auch für *Oesterreich* das Postsparkassengesetz vom 28. V. 1882 (19. XI. 1887), Art. 6.

[29]) Auch in bezug auf den Arbeitserwerb der Ehefrau wird diesen Gesetzen besondere Bedeutung beigemessen; das Gesetz von 1895 erscheint als ein Vorläufer des Gesetzes vom 13. VII. 1907 über den Arbeitserwerb der Ehefrau (loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage).

zug weder den Betrag von 100 Fr., noch den Betrag von einem Zehntel des Sparheftes übersteigen darf. — Besondere Wichtigkeit wird auch der Bestimmung des französischen Gesetzes über die sociétés de secours mutuel (1. IV. 1898) zugeschrieben: nach diesem Gesetz können Minderjährige solchen Gesellschaften beitreten ohne Ermächtigung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 3).

Der Gedanke, dass mit der Ueberlassung des Arbeitserwerbs an das Kind auch Garantieen für eine richtige Anlage dieses Gewinnes geschaffen und insbesondere das Geld als Spargut angelegt werden sollte, ist in der Theorie weiter geführt worden; so ist der Vorschlag gemacht worden, es sollte dem Kinde eine *Sparpflicht* auferlegt werden[80]: une partie du salaire serait versée d'office à une institution de prévoyance et inscrite au compte de l'enfant; le père ne toucherait que le surplus[81].

6. Arbeitserwerb mündiger Kinder. — Mit der Erreichung des Mündigkeitsalters scheidet das Kind aus der elterlichen Gewalt aus; es erwirbt jetzt, wie alles andere, so auch den Arbeitsverdienst für sich zu Eigentum und eigener Verwaltung.

Es ist möglich, dass das Kind auch nach Erreichung der Mündigkeit freiwillig in der häuslichen Gemeinschaft mit den Eltern verbleibt und diesen unmittelbar seine Arbeit zuwendet; es betätigt sich — wie vor der Mündigkeit — im Haushalt oder im Geschäft der Eltern und erspart so den Eltern die Ausgabe für eine sonst anderswoher zu beschaffende Arbeitskraft. Oder das in der Gemeinschaft verharrende Kind

---

80) *Caron*, le salaire et sa protection juridique, Paris 1901, S. 171; in eigenartiger Weise will *Castets*, la protection du salaire dans la famille 1902, S. 197 ff. die Mutter mit der Sorge für den Arbeitserwerb des Kindes betrauen.

81) Zum Zweck der Verwaltung.

arbeitet für Drittpersonen, lässt aber den Arbeitsverdienst den Eltern zukommen.[82]) In beiden Fällen erhält es dafür seinen Unterhalt aus der Gemeinschaft.

In solchen Fällen kann unter den Beteiligten eine besondere Verabredung getroffen sein, die dem tatsächlichen Verhältnis einen bestimmten rechtlichen Charakter gibt; es kann im Besonderen ein eigentlicher Dienstvertrag vorliegen, auch etwa ausbedungen sein, dass das arbeitende Kind neben dem Unterhalt einen bestimmten Betrag als Lohn erhält, beziehungsweise für sich zurückbehält. In der grossen Mehrzahl der Fälle, in einfachen, besonders in bäuerlichen Verhältnissen, werden aber solche präzisierende Abreden fehlen. Es ergibt sich dann die Frage, ob das mündige Kind für die geleistete Arbeit oder die überlassenen Einkünfte einen Lohn- beziehungsweise Ersatzanspruch geltend machen könne, soweit nicht der ihm von der Gemeinschaft gewährte Unterhalt bereits ein hinlängliches Aequivalent darstellt.

Diese Frage ist in verschiedenen Gesetzgebungen verschieden gelöst worden. Unser Zivilgesetzbuch hat in seiner Entstehungsgeschichte hier eine Umänderung erfahren. Während die ersten Entwürfe — im Einklang mit dem deutschen Gesetzbuch[83]) — schlechthin und ohne Rücksicht auf die Frage der Mündigkeit den Arbeitserwerb des Kindes den Eltern zusprachen, solange das Kind mit ihnen „in häuslicher Gemeinschaft steht und von ihnen Nahrung und Kleidung erhält“, hat, gemäss den Beschlüssen der Expertenkommission, im Entwurf von 1904 eine Unterscheidung platzgegriffen,

---

[82]) Es zieht den Verdienst selbst bei dem Dritten (Arbeitgeber) ein und gibt ihn dann den Eltern ab; oder er lässt den Dritten direkt an die Eltern zahlen.

[83]) B. G. B. § 1617: Das Kind ist, solang es dem elterlichen Hausstand angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird, verpflichtet, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten.

die eine wesentliche Besserstellung des arbeitenden mündigen Kindes bedeutet.

Das *Zivilgesetzbuch* statuiert jetzt den Anfall des Arbeitserwerbs an die Eltern prinzipiell nur für das in der häuslichen Gemeinschaft stehende *unmündige* Kind (Art. 295). Für das *mündige* Kind sind zwei Spezialbestimmungen aufgestellt, von denen die eine im Abschnitt von der Hausgewalt (334), die andere im Abschnitt von der Ausgleichung (633) untergebracht ist. Beide Bestimmungen sehen den Fall vor, wo ein mündiges Kind seinen Eltern in gemeinsamem Haushalt seine Arbeit oder seine Einkünfte zugewendet hat und zwar „ohne entsprechenden Entgelt“ [34]) d. h. ohne dass es in der Gewährung des Unterhalts ein hinlängliches Aequivalent erhalten hat. Für diesen Fall wird dem Kinde gestattet, „eine Forderung geltend zu machen“. Diese Forderung kann aber nicht schlechthin und nicht unmittelbar gegenüber den *Eltern* geltend gemacht werden, sondern nur bei ökonomischem Verfall der Eltern gegenüber den *Gläubigern,* beim Tode der Eltern — bei Gelegenheit der Erbteilung — gegenüber den *Miterben;* im ersten Fall wird das mündige Kind auf den Weg der Anschlusspfändung oder des Konkurses verwiesen, im zweiten Fall auf die Geltendmachung eines Ausgleichungsanspruchs. Die erste Entscheidung findet ihre Rechtfertigung darin, dass Pietätsrücksichten, die das Kind hindern, von den Eltern Ersatz zu verlangen, nicht wirksam sind gegenüber den Gläubigern, die sonst einen Gewinn (Vermehrung der Aktiven der Eltern) aus der Tasche des Kindes machen würden; [35]) der zweite Fall, der dem Kind eine billige Ausgleichung, namentlich gegenüber den ausserhalb der Gemeinschaft stehenden und für sich selbst erwerbenden Geschwistern sichert, stellt in der Begründung eine eigenartige

---

[34]) So der bundesrätliche Entwurf (1904), in Art. 342.

[35]) *Botschaft* zum bundesrätlichen Entwurf (1904), S. 42.

Wiederaufnahme des ältesten Kollationsfalls[36]) dar; wie im römischen Recht der emancipatus den in der Gewalt verbleibenden sui conferirt, weil er — seit der Emancipation — für sich selbst erwarb, während die in der Gewalt verbliebenen sui (besonders seine Brüder) für den Vater und Erblasser erwarben, so soll auch nach dem Zivilgesetzbuch die Tatsache berücksichtigt werden, dass die Arbeit eines Miterben dem Nachlass zugute gekommen ist.

Diese in den ursprünglichen Entwürfen fehlende Bestimmungen gehen zurück auf Anträge, die in der Expertenkommission in Luzern vom schweizer. Bauernsekretariat[37]) gestellt wurden. In den Verhandlungen der Bundesversammlung wurde gemäss den Anträgen der nationalrätlichen Kommission noch eine für die Durchführung der Bestimmung wichtige Aenderung getroffen; während nach der ursprünglichen Redaktion (Entwurf 1904, Art. 627) das Kind die Forderung geltend machen konnte, sofern es nicht *ausdrücklich oder stillschweigend* darauf verzichtet hatte, lässt die jetzige Fassung (Art. 334, 633) die Forderung nur im Fall eines *ausdrücklichen* Verzichtes entfallen; gleichzeitig wurde dem Art. 334 der zweite Absatz hinzugefügt: „Im Falle der Bestreitung entscheidet der Richter über den Bestand und die Höhe der Forderung nach seinem Ermessen.“

Die besprochene Regelung zeigt eine durchaus eigenartige juristische Erscheinung: eine Forderung mit einer relativen Klagbarkeit, eine Forderung, die der Gläubiger gegen den Schuldner nicht geltend machen kann, die er aber durch-

---

[36]) Vgl. etwa *Windscheid,* Pandekten III, S. 609 ff.

[37]) Mitteilungen des schweiz. Bauernsekretariats No. 12: Der Entwurf für ein schweiz. Zivilgesetzbuch, in seinen für die Landwirtschaft wichtigsten Bestimmungen, besprochen vom schweiz. Bauernsekretariat, I. Teil (Personen-, Familien- und Erbrecht) 1901. Die Begründung zu dem im Text besprochenen Antrag findet sich S. 20 u. S. 58 ff.; hier wird freilich vorausgesetzt, dass ein Vermögensvorschlag erzielt wurde.

setzt, wenn Dritte das Vermögen des lebenden oder verstorbenen Schuldners unter sich aufteilen wollen.

7. Arbeitserwerb des bevormundeten Unmündigen (Altersvormundschaft). — Die bisherigen Erörterungen bezogen sich nur auf das unter der *Gewalt der Eltern* stehende unmündige Kind. Die Frage, ob für den *Arbeitserwerb* des Kindes besondere Normen gelten sollen, stellt sich aber auch für das in *Altersvormundschaft* stehende Kind; die besondere Behandlung dieses Erwerbs kann hier freilich, da der Vormund keine Nutzung des Kindesvermögens hat, nicht in einer Befreiung von der Nutzung, sondern nur in einer Befreiung von der Verwaltung bestehen in dem Sinne, dass dem Kind die *freie Verfügung über seinen Arbeitserwerb* und eine beschränkte Verpflichtungsfähigkeit eingeräumt wird.

Das Zivilgesetzbuch[88]) enthält besondere Bestimmungen hierüber in den Artikeln 414 und 412; da das Gesetz in bezug auf die väterliche Verwaltung und Vertretung auf die Regelung bei der Altersvormundschaft verweist, sind diese Bestimmungen in der Hauptsache bereits oben (S. 150 ff.) erörtert worden.

In bezug auf die Abgrenzung der freien Verfügung über den Arbeitserwerb kann hier das in Art. 295 für das Eltern- und Kindesverhältnis verwendete Kriterium (in oder ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft), keine Verwendung finden, da zwischen dem Kind und dem Vormund als solchem keine häusliche Gemeinschaft besteht. Deswegen wird hier bezüglich des Mündels einfach darauf abgestellt, ob der Mündel *durch eigene Arbeit*[89]) erwirbt; dagegen erscheint auch hier die

---

[88]) Die Bestimmungen des bisherigen kantonalen Rechts bei *Huber*, schweiz. Privatrecht I, S. 677 ff. und dazu (seither) die Bestimmungen des Vormundschaftsgesetzes von St. Gallen vom 24. V. 1888, § 78 ff.

[89]) Wie dies in andern Gesetzgebungen auch bezüglich des Erwerbs des in elterlicher Gewalt stehenden Kindes geschieht, vgl. deutsches Gesetzbuch § 1651, Code civil art. 387.

Einschränkung auf den *mit Einwilligung des Vormunds*[40]) gemachten Erwerb. Sind die Voraussetzungen des Art. 414 („was er mit Einwilligung des Vormunds durch eigene Arbeit erwirbt") erfüllt, so besitzt das Kind das Recht der freien Verfügung unmittelbar ex lege; eine besondere Ueberlassung durch die Vormundschaftsbehörde, wie sie in einzelnen kantonalen Rechten[41]) sich findet, ist nicht erforderlich.

8. Kritischer Rückblick. — Ueberblickt man die einzelnen Bestimmungen,[42]) so ergibt sich zunächst, dass die Lösung, die unser Gesetz dem Problem des Arbeitserwerbs der Kinder angedeihen lässt, eine durchaus *originelle* ist; sie weicht wesentlich ab von der Ordnung, die wir in den Gesetzgebungen der Nachbarstaaten finden; sie hat auch im bisherigen Recht unserer Kantone kein vollgleiches Vorbild.

Als *praktische Vorzüge* der Lösung des Gesetzes möchte ich drei hervorheben: zunächst die reinliche *Unterscheidung zwischen dem Arbeitserwerb des mündigen und unmündigen Kindes;* sodann die Feststellung, dass der Kindeserwerb, wo er von der *Nutzung* des Vaters frei gemacht ist, auch seiner *Verwaltung* entzogen wird: nur damit kann ein wirklich freies Kindesvermögen geschaffen werden;[43]) schliesslich auch die Rücksichtnahme auf das Vorhandensein oder Fehlen der *häuslichen Gemeinschaft:* sobald volle Klarheit über die

---

[40]) Vgl. oben S. 144 und die dort geltend gemachten Bedenken.

[41]) Vgl. oben S. 157, N. 38.

[42]) Die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches sind in der auswärtigen Literatur wohl beachtet worden; vgl. *Opet,* Verwandschaftsrechte des B. G. B. 1899, S. 260; *Bry,* législation industrielle (1908), S. 177.

[43]) In den Ländern, wo der Arbeitserwerb des Kindes nur von der väterlichen Nutzung befreit ist, dagegen der väterlichen Verwaltung untersteht, wird sich die Lage des Kindes tatsächlich vielfach nicht anders gestalten, als wenn der Erwerb ins Eigentum des Vaters fiele; vgl. *Bry,* législation industrielle (1908), S. 177, *Cazettes,* protection du salaire dans la famille (1902), S. 34 ff. Hier werden wieder besondere Gesetze zum Schutz des Kindes (direkter Bezug des Lohnes durch das Kind) nötig. S. o. S. 150 ff.

Grenzen dieses Begriffes hergestellt ist,[44]) wird sich ein Kriterium ergeben, das jedenfalls praktikabler ist als das Abstellen auf die Art der Arbeit oder des Fleisses. Weiter ist zu begrüssen, dass das Gesetz, sobald die Voraussetzungen für den Erwerb durch das Kind gegeben sind, dem Kind auch seinen *ganzen Erwerb* zu Eigentum und freier Verwaltung überweist und nicht etwa das Recht des Kindes beschränkt auf den *Betrag,* dessen es zu Unterhalt und standesgemässer Lebensführung wirklich bedarf.[45])

Die Bedenken, die gegen die Lösung unseres Zivilgesetzbuches geltend gemacht werden können, richten sich nicht gegen die *praktische* Brauchbarkeit seiner Bestimmungen; sie bestehen unseres Erachtens vielmehr lediglich in dem Zweifel, ob die in Art. 295 getroffene Anordnung in hinlänglichem Mass die Arbeitsfreude fördert und dem Kind seine Entschliessungs- und Bewegungsfreiheit belässt, und ob nicht gerade die vom Gesetz gewünschte Festigung der Familiengemeinschaft dadurch gefährdet wird, dass das nach ökonomischer Selbständigkeit ringende Kind aus der Gemeinschaft ausscheiden muss. Bei dieser Ueberlegung darf freilich nicht übersehen werden, dass durch Abmachungen der Beteiligten eine andere für die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles besser passende Ordnung vereinbart werden kann[46]) und dass gegen Ausbeutung und Willkür der Eltern die allgemeinen Schutznormen des Eltern- und Kindesrechts zur Verfügung stehen.[47]) Jedenfalls bleibt das Gesetzbuch sich selbst treu und konsequent, wenn es auch hier — vielleicht mehr in der Form als im praktischen Endeffekt — dem

---

[44]) S. oben S. 142 ff.

[45]) Ueber solche Vorschläge und über die Schwierigkeit der praktischen Durchführung, s. *Rappaport* in Grünhuts Zeitschrift Bd. XXXV, S. 368.

[46]) Dies führt die Botschaft zum bundesrätlichen Entwurf (28. V, 1904), S. 36 aus.

[47]) Z. G. B., Art. 290[3], 297.

Gedanken der elterlichen Autorität und der Hausgewalt einen energischeren Ausdruck verleiht als andere Gesetzbücher, die in dieser Materie ein moderneres Gesicht zeigen. Aber gerade bei der Vergleichung mit anderen Rechten muss immer berücksichtigt werden, dass eine für das Kind minder günstige Regelung im schweizerischen Recht eher ertragen werden kann, als in denjenigen Rechten, die für den Eintritt der Volljährigkeit ein höheres Alter fordern, als das schweizerische Recht.[48])

[48]) Den zwanzig Jahren des schweizerischen Rechts stehen die einundzwanzig Jahre des deutschen und französischen Rechts gegenüber; der mehrfach erwähnte ungarische Entwurf fordert sogar vierundzwanzig Jahre (§ 2).

Zum sächlichen Geltungsbereich des schweiz. Zivilgesetzbuches.

Von Prof. Dr. **A. Egger.**

Der Geltungsbereich eines neuen Zivilgesetzbuches bedarf nach drei Richtungen hin der Abgrenzung:

örtlich, durch das internationale Privatrecht;

zeitlich, durch das intertemporale Privatrecht;

sächlich gegenüber den Spezialgesetzen. Wird das Zivilgesetzbuch durch einen Bundesstaat erlassen, dann ist diese Aufgabe eine zweifache: Es gilt die sächlichen Kollisionsnormen für die Abgrenzung einerseits gegenüber dem bundesstaatlichen (Bundes-) und anderseits gegenüber dem einzelstaatlichen (kantonalen) Recht festzustellen.

Bei Erlass des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches sind diese Aufgaben einem besonderen Gesetze zugewiesen worden, dem Einführungsgesetz. Dasselbe regelt in einem ersten Abschnitt in der Hauptsache das Verhältnis des B.G.B. zu den ausländischen Gesetzen (Art. 7—31), in einem zweiten Abschnitt das Verhältnis des B.G.B. zu den Spezial-Reichsgesetzen (Art. 32—54), in einem dritten Abschnitt das Verhältnis zu den Spezial-Landesgesetzen (Art. 55—152), in einem vierten Abschnitt das Verhältnis zu den bisherigen Gesetzen, das intertemporale Recht („Uebergangsvorschriften“, Art. 153—218).

Ein solches besonderes Einführungsgesetz ist in der Schweiz nie in Aussicht genommen worden. Ursprünglich gedachte man sowohl die örtlichen Kollisionsnormen [1]) als auch die sächliche Abgrenzung gegenüber dem kantonalen Recht im Gesetzbuch selbst vorzunehmen und zwar für die einzelnen Institute in unmittelbarem Anschluss an deren materielle Behandlung. Die erforderlichen allgemeinen Grund-

---

[1]) Vergl. Erl. I 31 ff.

sätze wurden in Einleitung und Schlusstitel verwiesen. Der letztere sollte im übrigen nur das intertemporale Recht und die Uebergangsbestimmungen bringen.

In den seitherigen Beratungen war im wesentlichen nur die Behandlung des internationalen Rechtes streitig. Mit besonderem Nachdruck wurde von *Meili*[2]) der Erlass eines Spezialgesetzes über das internationale Recht, eine Ausweitung des B.G. N. u. A. zu einem schweizerischen Kodex des internationalen Rechtes verlangt. Die grosse Expertenkommission hat alle einschlägigen Bestimmungen des Entwurfes von 1900 zurückgelegt. Sie wurden späterhin von einer Spezialkommission durchberaten. Die Botschaft des Bundesrates über die Anfügung des OR. und der Einführungsbestimmungen an den Entwurf eines schweizerischen ZGB. vom 3. März 1905. vereinigte diese Kollisionsnormen im Schlusstitel des ZGB.[3]) Man sah also davon ab, sie jeweilen der materiellen Ordnung der einzelnen Institute anzureihen, und versuchte, eine systematische und zusammenfassende Regelung des internationalen Rechtes in einem ersten Abschnitt des Schlusstitels zu bringen. Die nationalrätliche Kommission und der Nationalrat billigten dieses Vorgehen, setzten jedoch an Stelle der vorgeschlagenen materiellen Neuerungen die Grundsätze des BG. N. u. A., wenn auch in neuer Redaktion, wieder ein. Die ständerätliche Kommission und der Ständerat haben den ganzen Abschnitt gestrichen unter Aufnahme eines einzigen Artikels in die Uebergangsbestimmungen, in welchem für das internationale und soweit kantonal verschiedenes Recht zur Anwendung kommt, für das interkantonale Recht auf das BG. N. u. A. verwiesen und für dasselbe eine Reihe von Ergänzungen als Einfügung zu Art. 7 (Art. 7a—7i) vorgesehen werden.[4]) Dieser Lösung schloss sich der Nationalrat

---

[2]) Kodifikation des schweiz. Privat- und Strafrechts 107 ff.
[3]) Art. 1741—1773 und Botschaft S. 56 ff.
[4]) Stenogr. Bull. (St. R.) XVII, 118 ff.

an. Sie soll freilich nur ein Provisorium sein. Sobald dies tunlich erscheint, soll ein Spezialgesetz über die Anwendung schweizerischen und fremden Rechtes erlassen werden.

Zur Zeit erscheint also das intertemporale Recht im wesentlichen im Schlusstitel geregelt, das internationale und das interkantonale Recht im wesentlichen in einem besonderen Gesetz, im B.G. N. u. A. Die sächlichen Kollisionsnormen dagegen sind im ZGB. enthalten, und zwar im einzelnen im Zusammenhang mit der materiellen Regelung der betreffenden Institute, getragen von grundsätzlichen Bestimmungen in der Einleitung und im Schlusstitel.

In den folgenden Ausführungen kommen nur die allgemeinen Grundsätze über die Abgrenzung des sächlichen Geltungsbereiches des ZGB., insbesondere dem kantonalen Recht gegenüber, zur Darstellung. Gerade diese Abgrenzung will im gegenwärtigen Zeitpunkt durchdacht und behandelt werden. Es kommt ihr volle praktische Bedeutung nicht erst mit dem Inkrafttreten des ZGB., sondern schon jetzt zu — mit Rücksicht auf die Ausführungsgesetze. Die Befugnisse und die Beschränkungen der kantonalen Gesetzgeber liegen in den dynamischen, sächlichen Kollisionsnormen des Bundesrechtes umschrieben.

I.

Der Geltungsbereich des ZGB. und die bisherigen Bundesgesetze.

Dem ZGB. soll bekanntlich bis zum 1. Januar 1912 noch das revidierte Obligationenrecht einverleibt werden. Auf jenen Zeitpunkt erfährt ferner das BG. über Schuldbetreibung und Konkurs und dasjenige über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter eine Reihe von Aenderungen. Sie sind im Schlusstitel (in den folgenden Ausführungen zit. als Sch.T.) in Art. 60 und 61 zusammengestellt. Weiter muss das im Schlusstitel nicht genannte Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege verschiedene Zusätze erhalten (vergl. ZGB. Art. 99 Weiterziehung an das Bundesgericht bei Eheschliessung Bevormundeter, Art. 288 Weiterziehung bei Entziehung resp. Wiederherstellung der elterlichen Gewalt, Art. 373 Weiterziehung der Entmündigung, Art. 434 Weiterziehung der Aufhebung der Entmündigung). Im übrigen sieht das ZGB. selbst weitere privatrechtliche Bundesgesetze vor, so in Art. 918 über die Bedingungen für die Ausgabe von Pfandbriefen und über die Einrichtung der Pfandbriefanstalten, ferner im Sch. T. Art. 56 über die Wasserrechtsverleihungen, und in Art. 57 über das Sparkassenwesen und die Sicherung der Sparkasseeinlagen. Da nach Sch.T. Art. 62 auch die Uebergangsbestimmungen des Obligationenrechtes in Kraft bleiben, soweit sie nicht durch die Uebergangsbestimmungen des ZGB. ersetzt sind, so bleibt also auch Art. 890 OR. zu Recht bestehen, welcher ein eidgenössisches Gesetz über die Gewährleistung beim Viehhandel vorsieht, während Art. 896 mit seinem Hinweis auf ein künftiges eidgenössisches Gesetz über den Versicherungsvertrag erst seit Erlass des ZGB. hinfällig ge-

worden ist. Aber das sind alles keine Gesetze, welche Ausführungsbestimmungen zum ZGB. brächten. Das letztere wird unabhängig von ihnen in Kraft treten. Die meisten derselben werden wohl auch erst nach dem 1. Januar 1912 erlassen werden.

Das ZGB. kann also für sich allein am 1. Januar 1912 in Kraft treten. Es benötigt keiner ergänzenden Bundesgesetze. Der Gegensatz zum Erlass des deutschen BGB. fällt sofort auf. Dort sind gleichzeitig mit dem bürgerlichen Gesetzbuch eine ganze Reihe von Nebengesetzen in Kraft getreten (vergl. Art. 1 EGBGB.). Dies hatte einerseits seinen Grund in der stärkeren Rechtsvereinheitlichung, wie sie sich in Deutschland schon in den siebziger Jahren durch die Reichsjustizgesetze vollzogen hatte, denn diese mussten nunmehr revidiert werden. Anderseits kommt darin ein anderes formelles Vorgehen zum Ausdruck. Es wurden grundsätzlich die nicht materiellrechtlichen Bestimmungen aus dem BGB. ausgeschieden und besondern Gesetzen zugewiesen: Grundbuchordnung, Personenstandsgesetz. Das schweizerische ZGB. hat dagegen umgekehrt die leitenden Gründsätze für solche Formalordnungen mit aufgenommen, dafür dann aber die nähere Regelung bundesrätlichen Verordnungen überlassen. Solcher sind allerdings eine stattliche Anzahl vorgesehen und sie werden eine Fülle von bundesrechtlichen Ausführungsbestimmungen bringen (vergl. Art. 39, 119, 259, Verordnung über die Führung der Zivilstandsregister und die Eheschliessung, Art. 61, 248 ff., 342, Verordnung über die Führung der Handelsregister, Art. 715 Verordnung über das Register der Eigentumsvorbehalte, 885 über die Viehverpfändung, ferner die Verordnungen über die Anlage der Kataster, die Anlage und Führung der Grundbücher und zum Hypothekarrecht (vergl. Art. 779, 780, 781, 805, 825, 839, 841, 858, 877, 942 ff., 945, 949, 950, 956, 967, 977, Sch. T. 18, 38 ff. und andere mehr; vergl. noch Art. 41).

So weist das ZGB. auf bundesrechtliche Bestimmungen hin, welche teils erlassen werden müssen, teils nur — früher oder später — erlassen werden können. Insbesondere sieht es selbst Aenderungen bestehender Bundesgesetze vor oder hat doch solche unzweifelhaft im Gefolge. Demgegenüber werden nun aber auch bisherige Bundesgesetze überhaupt aufgehoben, so das BG. betr. Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dez. 1874 und das Handlungsfähigkeitsgesetz vom 22. Juni 1881. Ferner werden durch das neue Recht verschiedene Bestimmungen des Obligationenrechtes hinfällig und erfahren im Sch.T. Art. 62 ihre ausdrückliche Aufhebung auch für den Fall, dass die Revision des OR. bis zum Inkrafttreten des ZGB. nicht durchgeführt wäre.

Diese Aufzählung der aufgehobenen Bestimmungen will aber keineswegs eine vollständige und erschöpfende sein. Art. 62 al. 2 leitet sie mit den Worten ein: „Inbesondere sind aufgehoben". Dagegen bestimmt der erste Absatz von Art. 62 in allgemeiner Weise, dass mit dem Inkrafttreten des ZGB. die damit in Widerspruch stehenden zivilrechtlichen Bestimmungen des Bundes aufgehoben seien. Damit ist auch gesagt, dass umgekehrt alles ältere Bundesprivatrecht, das mit dem neuen Recht nicht in Widerspruch steht, in Geltung bleibe. Das Einführungsgesetz zum deutschen BGB. stellt denn auch an die Spitze der einschlägigen Bestimmungen diesen positiven Satz: Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit ausser Kraft, als sich aus dem BGB. oder aus diesem Gesetz die Aufhebung ergibt (Art. 32).

Als jüngeres Gesetz geht also das ZGB. den früheren Bundesgesetzen vor. Deshalb gerade erklärt es die älteren ihm widersprechenden Bestimmungen für aufgehoben. Aber das ZGB. ist auch das allgemeinere Gesetz, neben welchem die übrigen privatrechtlichen Bestimmungen als in Spezialgesetzen niedergelegt erscheinen. Spezialgesetzliche Bestimmungen sind aber stärker als generelle, auch wenn die

letzteren jüngeren Datums sind. Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Somit bleibt also trotz Art. 62 sehr wohl möglich, dass eine ältere bundesrechtliche Bestimmung vom Inhalt des neuen Rechtes abweicht und trotzdem in Kraft bleibt. Als Sonderbestimmungen können dem Inhalt des ZGB. widersprechende Rechtsgrundsätze doch in Kraft bleiben. In jedem einzelnen Fall eines Gegensatzes des alten und des neuen Rechtes erhebt sich somit die Frage, ob ein Widerspruch im Sinne des Art. 62 Sch. T. vorliege und derselbe zugunsten des neuen Rechtes gelöst werden müsse oder ob die ältere Bestimmung auf ihrem Sondergebiet ihre Geltung behalte. Die Antwort ist Aufgabe der wissenschaftlichen Auslegung.

Doch die Abgrenzung des Geltungsbereiches des neuen Rechtes wird nach dieser Richtung keine erheblichen Schwierigkeiten bereiten. Die Berührungspunkte mit dem neu kodifizierten Recht sind nur in einem Bundesgesetze, das dem öffentlichen Recht angehört, nämlich in demjenigen über Schuldbetreibung und Konkurs, zahlreich, insbesondere mit dem Immobiliarsachenrecht. Aber hier ist das ältere Gesetz, wie schon gesagt, dem neuen angepasst worden (Art. 60 Sch. T.). Im übrigen aber handelt es sich in den bisherigen Bundesspezialgesetzen zumeist um Materien, welche sich mit dem Personen-, Familien-, Erb- und Sachen-, insbesondere Immobiliarsachenrecht nicht berühren und für welche nur die Abgrenzung gegenüber dem Obligationenrecht praktisch wird. Diese steht aber schon heute fest und bereitet durchwegs keine Schwierigkeiten mehr.

Doch nach einer Seite hin erweist sich eine scharfe Abgrenzung noch als nötig. Die *Bundesgesetze verwenden häufig Begriffe des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, ohne selbst irgend eine Umschreibung zu geben.* Beispiele: Das BG. über die Organisation der Bundesrechtspflege regelt in Art. 12 die Ausschliessungsgründe und nennt dort die „Bluts-

verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie und in der Seitenlinie bis und mit dem vierten Grade, Ehemänner von Schwestern, sowie durch Adoption verbundene Personen". Ferner zählt es in Art. 27 die Unfähigkeitsgründe auf. Danach darf ein Bundesrichter etc. sein Amt nicht ausüben in Angelegenheiten, in welchen er, seine Frau, seine Verlobte, seine Verwandten oder Verschwägerten in auf- und absteigender Linie und ferner in der Seitenlinie bis und mit dem vierten Grade oder in welchen der Ehemann der Schwester oder die Ehefrau des Bruders seiner Frau oder eine Person, deren Vormund oder Beistand er ist, oder mit welcher er durch Adoption verbunden ist, am Ausgang des Streites ein unmittelbares oder mittelbares Interesse haben. (Vergl. ferner BG. betr. das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. Nov. 1850, Art. 130, 132, 136, ferner BG. über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. Aug. 1851, Art. 75.) — Nach dem BG. über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 10 darf ein Betreibungs- oder Konkursbeamter oder -Angestellter keine Amtshandlungen vornehmen „in Sachen seiner Ehefrau, seiner Verlobten, seiner Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie bis und mit dem dritten Grade". Aber auch sonst ist diese Verwendung bürgerlich-rechtlicher Begriffe gerade in diesem Gesetze eine ungemein häufige: Privileg der Ehefrau des Gemeinschuldners „für ihr zugebrachtes Frauengut (in die Ehe gebrachtes oder während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung von seiten dritter Personen erworbenes Vermögen), soweit dasselbe kraft gesetzlich anerkanntem Güterrechte im Eigentum oder in der Verwaltung des Ehemannes sich befindet" (Art. 219 Kl. 4). Recht der Anschlusspfändung für „Ehefrau, Kinder, Mündel, Verbeiständete des Gemeinschuldners für Forderungen aus dem ehelichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnis, Art. 111, ferner der Begriff Gewahrsam (106, 109) gutgläubiger, bösgläubiger Dritter (108,

284, 290), Früchte (Art. 94, 102, 122), endlich sehr häufig Eigentum, bewegliche Sachen, Faustpfand, Hypothek, Grundbuch, Zinsen, Erbschaft (Anteil, Antritt, Ausschlagung, Schulden etc.), Domizil u. a. m. — Das Fabrikhaftpflichtgesetz vom 25. Juni 1881 nennt in Art. 6 die Ersatzpflicht für den Schaden, welchen die Hinterlassenen eines Getöteten oder Verstorbenen erleiden, wenn derselbe zu ihrem Unterhalt verpflichtet war (vergl. ebenso das alte Eisenbahnhaftpflichtgesetz Art. 5, während das neue Gesetz von 1905 bekanntlich nicht mehr auf die Rechtspflicht abstellt). Das BG. über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 weist in Art. 58 auf die dinglichen Rechte an der versicherten Sache und die Ausdehnung dieser Rechte auf die Versicherungsansprüche und die Versicherungssumme hin. — Endlich sei noch hingewiesen auf das BG. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst Art. 2, BG. betr. die Erfindungspatente Art. 5, BG., betr. die gewerblichen Muster und Modelle Art. 1 und 5, auf das BG. betr. den Erwerb des Schweizerbürgerrechts Art. 9, auf die neue Militärorganisation Art. 18, 22, 213 u. a. m.

Ueberall hier erhebt sich die Frage nach der *Bedeutung dieser allgemein-bürgerlichen Rechtsbegriffe im Zusammenhang dieser Spezialgesetze,* in der Stellung, in welcher sie uns hier entgegentreten. Man möchte wohl geneigt sein, den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, dass diese Begriffe ihren Inhalt aus dem positiven Recht erhalten, in welchem sie ihre grundsätzliche Umschreibung auch für das allgemeine Recht finden. Sie weisen auf ein bürgerliches Recht als ihre sedes materiae zurück. Dieses ist also zur Ergänzung heranzuziehen. Darnach wäre in den genannten Beispielen fast durchwegs auf das kantonale Recht zurückzugehen. In sehr vielen Fällen trifft dies allerdings auch zu. Häufig weist das BG. gleichzeitig mit der Nennung eines solchen Begriffes, der nach der Rechtssystematik einem heute noch kantonalen

Rechtsgebiet angehört, ausdrücklich auf diese Rechtsquelle hin, vergl. BGSch. und K., Art. 219 Kl. 4, BG. über den Versicherungsvertrag, Art. 58 (Vorschriften der Kantone über die Ausdehnung der dinglichen Rechte an der versicherten Sache auf die Versicherungsansprüche und die Versicherungssumme). Aber auch wo ein solcher Hinweis fehlt, werden wir uns in vielen der genannten Fälle an das kantonale Recht halten. Aber das ist doch keineswegs durchgängig der Fall. Wenn das Sch.- und K.-Gesetz von gutgläubigen und bösgläubigen Dritten oder von betrügerischen Handlungen spricht, wenn es den Begriff der beweglichen Sache (man denke an Objekte, welche nach kantonalem Recht als Pertinenzen immobilisiert werden) oder den Begriff des Gewahrsams irgend einer Bestimmung zugrunde legt, so entscheidet über das Vorhandensein der damit verlangten Voraussetzungen das Bundesrecht selbst. Es ist Sache der Auslegung, diese Begriffe im Sinne der Bundesgesetze, in denen sie verwertet werden, zu umschreiben. Im Zusammenhang dieses oder jenes bestimmten Gesetzes sind sie Begriffe des Bundesrechtes, sie erhalten ihren Inhalt durch die bundesrechtliche Wissenschaft und Rechtsprechung und sind unabhängig von den Umschreibungen im kantonalen Privatrecht. In vielen Fällen ist es bekanntlich überaus zweifelhaft, welche Behandlung Platz zu greifen habe. Aus der Fülle der Zweifelsfragen sei nur eine herausgegriffen, auf welche wir noch zurückzukommen Veranlassung haben werden. Das BG. Sch. und K. schreibt in Art. 10 die Ausstandspflicht der Schuldbetreibungs- und Konkursbeamten [1]) in Sachen der Verwandten und Verschwägerten bis und mit dem dritten Grade vor. Nach der einen Auffassung hätten nun die kantonalen Ausführungsgesetze diese Gradeszählung normieren können, und da sie es nicht getan haben, müssen wir uns sonst im kantonalen Recht darnach umsehen, wie

[1]) Vergl. einerseits *Hafter*, schweiz. Jur.-Ztg. IV, 19 ff., anderseits *Jäger* und *Reichel* zu Art. 10 des Gesetzes.

die Verwandtschaftsgrade in diesem Falle zu zählen seien. Nach einer andern und u. E. wohl zutreffenden Ansicht umschreibt dagegen Art. 10 in einer für alle Kantone bindenden Weise die Ausstandspflicht und es kommt in diesem Punkte ohne Rücksicht auf die Verschiedenheiten der kantonalen Rechte nur die bundesrechtlich (wenn auch keineswegs gesetzlich) sanktionierte Zählung zur Anwendung.

Die Bestimmungen der Bundesgesetze, in welchen allgemeine Begriffe des bürgerlichen Rechtes zur Verwendung gelangen, erfahren somit *eine sehr verschiedene Behandlung.* Dies ist der zutreffende Ausdruck für *die sehr verschiedene Bedeutung, welche in der Tat dieser Verwendung zukommt.* Bald ist jener Begriff durch seine Aufnahme in das betreffende Gesetz zum *Bestandteil einer Sondernorm* geworden und soll nun in diesem Zusammenhang seine eigene Umschreibung finden. Bald liegt hingegen in jener Verwendung bloss eine *Verweisung*[2]) auf das gemeine Recht. Solche Verweisungen sind als solche sofort zu erkennen, wenn formell ein anderer Rechtssatz angerufen und auf diesen ausdrücklich hingewiesen wird. Hier haben wir es jedoch mit stillschweigendem Hinweisen zu tun. Es wird mit der Verwendung eines solchen Begriffes ohne weiteres auf jene Rechtssätze und damit auf jenes Rechtssystem verwiesen, in welchem diese Begriffe ihre Entwicklung und Umschreibung erfahren.

Welche Bewandtnis es mit einer solchen Verwendung derartiger Begriffe hat, ist wiederum in jedem einzelnen Fall nach den Grundsätzen über die Gesetzesauslegung zu bestimmen.

Das ist die Entscheidung für das heutige Recht. Sie ist grundsätzlich keine andere *unter der Herrschaft des neuen Rechts.* Entscheidend ist wiederum die Frage, welche Bedeutung der

[2]) Vergl. *Zittelmann:* Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht 1902, Sp. 37 ff.

Verwendung jener termini zukomme. Kommt ihnen in einem Zusammenhang eine besondere Bedeutung zu, so bleibt es dabei. Liegt eine Verweisung vor, dann ist jenes Recht zur Ergänzung heranzuziehen, auf welches verwiesen wird. Das ist dann allerdings nicht mehr das kantonale, sondern es ist das neue eidgenössische bürgerliche Recht. In der grossen Mehrzahl der obigen Beispiele haben wir solche Verweisungen erkannt. Ueberall hier wird das kantonale Recht durch dasjenige des ZGB. ersetzt. Der Rechtszustand ist somit kein anderer als er für Deutschland durch das Einführungsgesetz ausdrücklich festgelegt worden ist. Dort bestimmt nämlich Art. 4: Soweit in Reichsgesetzen ... auf Vorschriften verwiesen wird, welche durch das BGB. ... ausser Kraft gesetzt werden, treten an seine Stelle die entsprechenden Vorschriften des BGB. (EGBGB. Art. 4).

Diesem Ergebnis gegenüber müssen aber zwei tiefeinschneidende *Einschränkungen* gemacht werden. Es handelt sich um eine Frage, wie sie der Uebergang zum neuen Recht mit sich bringt, um eine Uebergangsfrage, und da genügt es keineswegs, festgestellt zu haben, dass die Verweise auf das kantonale Recht ersetzt werden durch die Verweise auf das neue Bundesprivatrecht. Vielmehr muss dabei ausdrücklich das *intertemporale Recht* vorbehalten werden.[8]) Dieses geht vor. Soweit dieses nicht Rückwirkung des neuen Rechtes vorschreibt, bleibt es für Rechtsverhältnisse, die schon vor dem 1. Januar 1912 begründet worden sind, bei der Anwendung des Rechtes, auf welches im betreffenden Gesetz bis jetzt verwiesen worden ist.

Noch wichtiger ist aber die zweite Einschränkung. Sie betrifft alle jene Fälle, in *welchen nach der heutigen Praxis die Verwendung* von auch im ZGB. vorkommenden Begriffen *nicht im Sinne von Verweisungen* geschehen ist. Hier hat die

---

[8]) *Ramdohr* in Gruchots Beitr. 46, 318 ff.

bundesrechtliche Indikatur den Inhalt derselben in souveräner Weise festgestellt. In allen diesen Fällen ist unter dem neuen Recht die Bedeutung der stattgehabten Begriffsverwendung neu nachzuprüfen. Denn es ist sehr wohl möglich, dass nur darum bis anhin nicht eine Verweisung als vorliegend angenommen wurde, weil sonst auf das zersplitterte kantonale Recht hätte abgestellt werden müssen in einer Frage, welche der Bundesgesetzgeber doch wohl einheitlich geregelt wissen wollte. Es sei nur noch einmal auf Art. 10 Sch. u. K. hingewiesen. Wenn auch die Art der Gradeszählung nicht genannt ist, so muss doch die Ausstandspflicht überall die gleiche sein. Art. 10 enthält heute richtiger Auffassung nach gewiss keine Verweisung auf das kantonale Recht. Das *ändert sich aber mit dem Inkrafttreten des ZGB. Dann liegt eine Verweisung vor,* nämlich auf das eidgenössische Recht. Soweit also in bisherigen Bundesgesetzen Begriffe verwendet werden, die nunmehr ihre begriffliche Entwicklung im ZGB. finden, werden wir blosse Verweisungen auch da annehmen, wo dies bis jetzt nicht der Fall gewesen. Für die privatrechtlichen Bundesgesetze wird dies sogar durchgängig gelten müssen. In diesem Sinne wäre überall Art. 62 Sch. T. anzurufen. Denn das Bundesprivatrecht kennt nur einen Begriff der Verwandtschaft und der Verwandschaftsgrade, nur einen Begriff der Ehe, der Ehelichkeit eines Kindes, der Adoption, der Vormundschaft, der elterlichen Gewalt u. s. f. Dagegen bleibt für die öffentlich-rechtlichen Gesetze, insbesondere für Sch. u. K. jene Unterscheidung doch wichtig und es ist in einem einzelnen Fall doch nach wie vor möglich, dass dieses Gesetz einem bestimmten Begriff eine andere Prägung gibt, als er demselben nach dem bürgerlichen Recht zukommt.

II.

Der Geltungsbereich des ZGB. gegenüber dem kantonalen Recht.

„Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes sind die zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben, soweit nicht bundesrechtlich etwas anderes vorgesehen ist.“ So lautet der Art. 5 Sch. T. Damit wird dem Grundsatz der Kodifikation Ausdruck gegeben. Im EGBGB. geschieht dies in ganz ähnlicher Weise: Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten ausser Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist.

Aber eine Kodifikation kann immer noch eine sehr verschiedene Bedeutung und Tragweite haben. So geht aus unsern bisherigen Ausführungen bereits hervor, dass den bestehenden Bundesgesetzen gegenüber ein völlig anderer Grundsatz Platz greift, als er hier dem kantonalen Recht gegenüber aufgestellt wird. Soweit der Inhalt der Bundesgesetze mit dem ZGB. nicht in Widerspruch steht, bleiben jene in Kraft. Im Verhältnis zu ihnen will das ZGB. nicht das ganze Zivilrecht ordnen, sondern nur die Materien, die es tatsächlich regelt. Man hat dies nicht zu Unrecht schon als Einzelkodifikation bezeichnet.[1]) *Dem kantonalen Recht gegenüber* stellt dagegen das ZGB. den *Grundsatz der „Gesamtkodifikation“* auf.

Das kantonale Privatrecht ist aufgehoben und zwar in seinem gesamten Bestande. Aufgehoben ist nicht bloss das

---

[1]) *Dronke,* Zur Revision des Begriffes Kodifikationsprinzip in Gruchots Beitr. 44, 703 ff.

widersprechende, sondern auch das mit dem neuen eidgenössischen Gesetz inhaltlich übereinstimmende Recht und insbesondere auch dasjenige, das sich in den Rahmen des ZGB. sehr wohl einfügte und als Ergänzung desselben an sich zu walten geeignet wäre. Die Kantone können das neue Recht auch nicht authentisch interpretieren, sie können es nicht abändern, nicht einschränken, nicht ergänzen und nicht mit Anspruch auf rechtliche Erheblichkeit auf ihre Weise umschreiben.[1])

Aufgehoben ist dabei das kantonale Recht *ohne Ansehen der Rechtsquellen,* aufgehoben sind die „zivilrechtlichen Bestimmungen" (Art. 51, EGBGB. Art. 55: „Die privatrechtlichen Vorschriften", vergl. Art. 2 EG.). Damit ist nicht bloss das Gesetzesrecht, sondern auch das Gewohnheitsrecht getroffen. Die völlig verschiedene Umschreibung des Gesetzes- und Gewohnheitsrechtes von Kanton zu Kanton und der weite Umfang, in welchem vielerorts das letztere noch herrscht, machen diese Lösung zur rechtspolitischen Notwendigkeit. Eine rechtliche Notwendigkeit wird sie durch die Stellung der Bundesgesetzgebung im allgemeinen und durch das Kodifikationsprinzip des ZGB. insbesondere. Bei der ausserordentlichen Bedeutung der Frage ist noch einmal ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass dies auch für das ergänzende Gewohnheitsrecht gilt. Auch dann kommt nur eidgenössisches Recht zur Anwendung, wenn eine Rechtsfrage zur Entscheidung kommen soll, für die das ZGB. „nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung nicht enthält", Art. 1, Al. 1. In einem solchen Fall muss der Richter nach Art. 1, Al. 2 und 3 vorgehen. Dann muss er nämlich, sofern solches vorhanden ist, nach Gewohnheitsrecht entscheiden, wobei er bewährter Lehre und Ueberlieferung folgen wird. Als dritte Erkenntnisquelle nennt Artikel 1 bekanntlich die richterliche Rechtsfindung,

---

[1]) *Posener,* D. d. Reichsrecht im Verhältnis zum Landesrecht, 1900, 61 ff.

wiederum mit den nämlichen Schranken, wie sie für die Anwendung des Gewohnheitsrechtes aufgestellt sind. Ueberall hier steht aber das kantonale Recht gar nicht in Frage.[1])

Das Kodifikationsprinzip erleidet aber doch *zahlreiche Durchbrechungen.* Nicht ist allerdings als eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 51 die Bestimmung anzusehen, nach welcher die *Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen* durch das ZGB. *nicht beschränkt werden* (Art. 6, vergl. übereinstimmend Entwurf 1900 Art. 4 und Entwurf 1904 Art. 8), oder wie der französische Text sagt: les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétence des cantons en matière de droit public. Das ZGB. behält an verschiedenen Stellen das öffentliche Recht der Kantone (und übrigens auch des Bundes) ausdrücklich vor, so in Art. 22, 59, 87, 284, 289, 702, 836, 962. An vielen anderen Orten sind ferner Vorbehalte augenscheinlich mit Rücksicht auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der vorbehaltenen Materien oder doch wegen des engen Zusammenhanges derselben mit dem öffentlichen Recht gemacht. Ueber diese Einzelfälle und ausdrücklichen Vorbehalte hinaus gilt aber ganz allgemein, dass die Kantone ihr öffentliches Recht nach wie vor in freier Weise ausgestalten können.

Aber trotz der kategorischen Form dieses Grundsatzes in Art. 6 (die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen nicht beschränkt) ist in Wirklichkeit *infolge der Vereinheitlichung des Zivilrechts eine Fülle kantonalen öffentlichen Rechts untergegangen* und die Kantone bleiben auch

---

[1]) Erl. I. 35. Zutreffend *Gmür,* Anwendung des Rechts nach Art. 1 ZGB. Bern 1908, S. 85 ff. Die gleiche Frage hat sich für das deutsche Recht erhoben und sie wird dort von der herrschenden Auffassung in der gleichen Weise beantwortet. *Planck* zu Art. 55 EG. N. 2, *Niedner,* Komm. EG. zu Art. 2, *Eck,* Vorträge 16, *Posener* 57 ff., 85. *A. M. Cosack,* Lehrbuch I. 39, *Krückmann, Jherings J.* 38, 491 f.

in Zukunft in entsprechender Weise beschränkt. Denn das *ZGB. enthält selbst eine grosse Anzahl von Bestimmungen öffentlich-rechtlichen Inhaltes.*

Für die früheren Entwürfe traf dies noch in höherem Masse zu. Eine Reihe von Bestimmungen und ganze Rechtsgebiete wurden in den Beratungen ausgeschieden, nicht zuletzt mit der Begründung, dass sie wesentlich öffentlich-rechtlicher Art seien, so vor allem das Wasserrecht und das Recht der Bergwerke. Aber andere ebenfalls aus diesem Grunde angefochtene Bestimmungen sind stehen geblieben, so Art. 849 (Haftung des Staates für die Schätzung bei den Gülten) und Art. 955 (Haftung der Kantone für allen aus der Führung der Grundbücher entstehenden Schaden). Vor allem fehlt es nicht an Materien, welche in nicht geringerem Masse öffentlich-rechtlichen Gehalt besitzen und deren Aufnahme in das Gesetzbuch trotzdem unangefochten erfolgte. Ein anderes wäre auch gar nicht möglich gewesen. Immerhin hat sich der Bundesrat veranlasst gesehen, in seiner Botschaft vom 28. Mai 1904 ausführlich über die Grundsätze sich auszusprechen, von welchen der Bundesgesetzgeber sich bei dieser Abgrenzungsaufgabe hat leiten lassen. „Eine absolute Ausschliessung des öffentlichen Rechts von der zivilrechtlichen Kodifikation war jederzeit undurchführbar. Die Rechtsmaterien hängen unter sich und in ihrem wissenschaftlich oder gesetzgeberisch überlieferten Bestande durchaus bald mit dem einen und bald mit dem anderen Gebiete zusammen, so dass ein Institut vorwiegend bald dem öffentlichen, bald umgekehrt dem privaten Rechte angehört, ohne von dem andern ganz frei zu sein. Man darf es demgemäss durchaus für geboten erachten, ein Institut, auch wenn es ganz erheblich vom öffentlichen Recht mitbestimmt wird, dem privaten Rechte zuzuweisen, sobald es seiner Natur nach wesentlich den privaten Interessen dient.“ (S. 11 ff.) Solche Institute und Bestimmungen mit starkem öffentlich-rechtlichem

Gehalt sind beispielsweise die Eheschliessung, die Ehescheidung, die Wirkungen der Ehe auf das Bürgerrecht der Ehefrau und überhaupt alle Statusänderungen aus familienrechtlichen Gründen, die Aberkennung der elterlichen Gewalt, die Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde bei der Vormundschaftsführung, das Grundbuch, die obligatorische Schatzung bei der Gült, die Belastungsgrenze und die schon genannte Haftung des Staates bei der Gült. So konnte ferner das ZGB. in bezug auf die Pfandbriefe, auf das Versatzpfand, auf die serienweise Ausgabe von Schuldbriefen und Gülten sich nicht schlechtweg auf die privat-rechtlichen Bestimmungen beschränken, sondern musste ein Minimum von öffentlichrechtlichen, gewerbepolizeilichen Normen selbst mitaufstellen, ebenso betreffend die Viehverpfändung, die amtliche Aufsicht über Stiftungen u. a. m. An die schon bestehenden Zivilstandsregister und Handelsregister reiht das ZGB. die Register über die Stiftungen, das Güterrechtsregister, das Eigentumvorbehaltsregister, das Viehverpfändungsregister, das Grundbuch an. Aber es ist gewiss richtig, dass, wenn der Zivilgesetzgeber zur Begründung und zur Ausgestaltung der Privatrechte, wie er sie haben will, rechtspolizeilicher Einrichtungen bedarf, er sie entweder von den Kantonen fordern oder selbst schaffen darf.[3]) Das ZGB. betraut kantonale Behörden mit den Aufgaben, wie sie diese Rechtseinrichtungen mit sich bringen, stellt Grundsätze auf über die Haftung dieser Beamten und der Kantone und umschreibt selbst die Ordnungsstrafen für Amtspflichtverletzungen. Auch hier musste eben „die praktische Erwäguug entscheiden, inwieweit die Herstellung eines brauchbaren Gesetzes es verlange, dass in Verbindung mit der privat-rechtlichen Regelung gleich auch die Nebenpunkte mitbehandelt werden. Die materielle Zuständigkeit kann dem Bunde hier überall nicht bestritten werden, und weder dem

---

[3]) *Burckhardt,* Kommentar der Schw. B. V., zu Art. 64, S. 651.

kantonalen Rechte noch der Bundesgesetzgebung wäre gedient, wenn man rein formaler Bedenken wegen, weil nämlich eine vereinzelte Vorschrift streng genommen nicht dem Privatrechte angehöre, zusammenhängendes auseinanderreissen und in ganz verschiedenen Gesetzen behandeln wollte“ (Botschaft l. c. S. 13). Endlich musste das ZGB. aus derselben Erwägung heraus zahlreiche Verfahrensvorschriften aufstellen über die Anmeldungen zu Eintragungen, über die Eintragungen, über Löschungen, über die Errichtung der letztwilligen Verfügungen, über die amtliche Liquidation, über die behördliche Mitwirkung bei der Erbteilung, über die Entmündigung. Ja es konnte dabei nicht stehen bleiben und musste selbst in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit eingreifen und Grundsätze über das prozessuale Verfahren aufstellen, so für die Ehescheidung, die Ungültigkeitserklärung einer Ehe, den Vaterschaftsprozess.

Diese an sich öffentlich-rechtlichen Vorschriften werden dadurch „gewissermassen zu privat-rechtlichen gestempelt“ (*Niedner* zu Art. 55 EGBGB.), dass sie *im ZGB. selbst Aufnahme* gefunden haben. *An sie ist deshalb auch das öffentliche Recht der Kantone gebunden.* Widersprechendes kantonales öffentliches Recht ist aufgehoben, nicht anders als das Privatrecht. Dagegen erhebt sich die Frage, ob ergänzendes kantonales Recht in diesen öffentlich-rechtlichen Materien möglich sei und diese Frage ist allerdings zu bejahen. Dies ergiebt sich aus Art. 5 ZGB. und der grundsätzlich verschiedenen Behandlung des öffentlichen Rechts in diesem Artikel im Vergleich zur Behandlung des kantonalen Privatrechtes in Art. 51 Sch. T.

Angesichts der *grundsätzlichen Freiheit der Kantone in der Gestaltung ihres öffentlichen Rechts* und angesichts der Relativität der Grenze zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht kommt der ferneren Frage eine nicht zu

unterschätzende Bedeutung zu: *wer zu dieser Grenzziehung kompetent sei.*

Der Zivilgesetzgeber hatte ein einheitliches Privatrecht aufzustellen. Dazu ermächtigt ihn Art. 64 der Bundesverfassung. Dahin ging seine Aufgabe in ihrer ganzen Grösse, aber auch in ihrer Begrenzung. Es geht schon aus dem Gesagten hervor, dass dabei der Gesetzgeber selbst die Grenzen seiner Zuständigkeit zog und es ergibt sich ebenfalls schon aus den obigen Ausführungen, dass und warum er diese Grenze recht weit fasste. Aber aus dieser seiner eigenen Kompetenzkompetenz darf nun keineswegs die Annahme abgeleitet werden, dass nunmehr auch das Bundesrecht die öffentlich-rechtlichen Befugnisse der Kantone zu umschreiben habe. Das trifft nicht zu. Der Bund umgrenzt seine Gesetzgebungskompetenz, indem er vom Zivilrecht ausgeht, die *Kantone* die ihrige, vom öffentlichen Recht ausgehend. Was dem öffentlichen Recht eines Kantons zugehört, sagt innerhalb der Schranken der Bundesverfassung und der Bundesgesetze, also insbesondere innerhalb der mit dem Inhalt des ZGB. gegebenen Schranken der Kanton selbst. Er kann also nicht ein Institut als ein Teil seines öffentlichen Rechtes ansprechen, das der Bundesgesetzgeber als privatrechtliches aufgefasst und geregelt hat und Bestimmungen aufstellen, welche dem ZGB. widersprechen. Aber nur an diese Schranke sind die Kantone gebunden. Sie selbst sagen im Uebrigen, was ihrem öffentlichen Recht zugehört. Deshalb sind sie auch frei in der Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Seite von privatrechtlichen Instituten. Das Entscheidungsrecht der Kantone kann freilich zu der unerfreulichen Konsequenz führen, dass ein bestimmtes Rechtsverhältnis in einem Kanton dem öffentlichen, in einem andern dem Privatrecht zugewiesen wird. Man denke an die Regelung der Unterstützungspflicht (unbeschadet der Art. 328 ff. ZGB.), an polizeiliche oder armenrechtliche Bestimmungen über die

Versorgung von Trinkern, an Kinderschutzbestimmungen, an Lehrlingsgesetze, an Beschränkungen des Grundeigentums u. a. m.[4])

Die Abgrenzung wird indessen sehr erheblich erleichtert durch *die ausdrücklichen Vorbehalte,* welche das ZGB. in vielen Materien zugunsten des kantonalen Rechts macht, in welchen sonst die kantonale Gesetzgebungshoheit zweifelhaft erschiene. In den Vorbehalten liegen denn auch die zahlreichen Durchbrechungen, welche das Kodifikationsprinzip, wie schon angedeutet, erfährt. Die zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone sind nur aufgehoben, „soweit nicht bundesrechtlich etwas anderes vorgesehen ist" (Art. 51 Sch. T., vergl. EGBGB., Art. 55: soweit nicht im BGB. oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist). In Deutschland ist man bei Schaffung des neuen Reichsrechtes, wie schon erwähnt, in der Weise vorgegangen, dass die Vorbehalte in einem besondern Abschnitt des Einführungsgesetzes in systematischer Zusammenstellung aufgezählt werden (Abschnitt III: Verhältnis des BGB. zu den Landesgesetzen, Art. 55—152). Zuerst werden die Vorbehalte mehr allgemeiner Natur, welche ganze Materien umfassen, zusammengestellt (Art. 59—76), nachher folgen die Vorbehalte speziellerer Natur Art. 77—140, den Beschluss machen die Vorbehalte, welche sich auf die Errichtung von Urkunden, das Hinterlegungswesen und Verfahrensvorschriften beziehen, Art. 141—152. Doch ist diese Zusammenstellung keine erschöpfende und es finden sich im BGB selbst noch eine grosse Anzahl von Vorbehalten zerstreut (vergl. *Planck* zu Art. 55, *Niedner* zu Art. 55 EGBGB). Das ZGB. bringt keine derartige Zusammenstellung. Die Vorbehalte sind im Gesetzbuch mit Inbegriff des Schlusstitels untergebracht, wo der systematische Zusammenhang jeweilen selbst auf sie hin-

4) Erl. I. 38, stenogr. Bull. XVII, 115, für d. d. R. *Planck* zu Art. 55 EGBGB. Nr. 2, *Niedner* zu Art. 55, *Cosack* I. 36, *Crome,* System I. 76. *A. M. Posener* 82.

wies. Nicht anders war die Behandlung der Vorbehalte im Obligationenrecht. Wie schon in diesem Gesetz, so sind auch im ZGB. die Wendungen, die *Formulierungen* überaus verschieden. Die Kantone sind befugt 349, 472, 616, 686, 688, 796, Sch. T. 20, 57, die Kantone sind ermächtigt 949, die Kantone können, das kantonale Recht kann, die kantonale Gesetzgebung kann 423, 553, 699, 703, 704, 795, 963, 828, 830, 843, 844, 907, 915, 948, 962 Sch. T. 30, 48, die Kantone sind berechtigt, 361, 376, es bleibt den Kantonen vorbehalten, es steht den Kantonen frei, die Vorschriften der Kantone bleiben im übrigen vorbehalten 427, 609, 659, 695, 697, 702, 822, verbleibt unter den Bestimmungen des kantonalen Rechts 59, die Kantone können bestimmen 907, können weitere Vorschriften aufstellen 915, zu dieser Regelung steht den Kantonen die Befugnis zu 918, wenn die Kantone vorschreiben 944, wird durch das kantonale Recht bestimmt 666, erfolgt nach den Vorschriften des kantonalen Rechts 553, 581, in den Fällen, für die das kantonale Recht... vorsieht 552, durch kantonale Verordnung 401, soweit die Kantone nicht bezeichnen 251, vergl. 466, die Kantone ordnen, die Ordnung erfolgt durch die Kantone 119, 288, 361, 373, 703, 953, 434, 40, die Kantone stellen die erforderlichen Bestimmungen auf 664, die Kantone bezeichnen 885, die Kantone haben näher zu regeln, haben namentlich Bestimmungen aufzustellen über . . . 425.

Das alles sind *ausdrückliche Vorbehalte*. Denn das ZGB. verweist verbaliter auf das kantonale Recht. Es sind aber auch *stillschweigende* Vorbehalte möglich. Nicht liegt, wie besonders hervorgehoben werden mag, ein solcher vor, wenn das ZGB., wie dies sehr häufig geschieht, auf die zuständige Behörde verweist. Denn dass dann die Kantone bestimmen, welche Behörde zuständig sein soll, sagt Art. 54 Sch. T. ausdrücklich. Nicht liegt ferner ein solcher darin, dass bestimmt wird, die gesetzlichen Pfandrechte des kanto-

nalen Rechtes aus öffentlich-rechtlichen oder für die Grundeigentümer allgemein verbindlichen Verhältnissen bedürfen, wo es nicht anders geordnet sei, keiner Eintragung zu ihrer Gültigkeit (836). Denn aus dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung gehen die gesetzgeberischen Befugnisse der Kantone genau hervor. Den Kantonen bleibt es dagegen unzweifelhaft überlassen, die angemessene öffentliche Auskündung die in Art. 558 vorgesehen ist, das Ausschlagungsprotokoll (570), das Schätzungsverfahren beim Erbgang in Liegenschaften (618) näher zu ordnen, die Einbürgerung der Findelkinder (Art. 330) zu regeln. Aber ob man hier überhaupt noch von Vorbehalten sprechen will — der Terminologie des ZGB. widerspricht es nicht — ist schliesslich Geschmackssache. Denn überall hier handelt es sich um öffentlich-rechtliche Vorschriften, welche mangels einer Regelung im ZGB. selbst ohne weiteres unter das kantonale Recht fallen gemäss Art. 6. Dagegen sind stillschweigende Vorbehalte in privatrechtlichen Materien wohl möglich, man wird aber mit der Annahme solcher äusserst behutsam sein. So hat man schon unter dem OR. beispielsweise in dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung der Schuldübernahme oder des Vergleiches keine Vorbehalte erblickt. Dagegen waren als Vorbehaltsmaterien anerkannt die Schenkung (über die vorhandenen Vorbehalte hinaus), die Gemeinderschaft, die Versteigerung, die Beweisvorschriften des westschweizerischen Rechtes. Ueberall hier sprachen enge Beziehungen der betreffenden Institute zum kantonalen Recht und zumeist auch die Gesetzesmaterialien und die Vorgeschichte des OR. für die Anerkennung der Vorbehalte. Auch unter dem revidierten OR. (nach der jetzigen Vorlage) werden die Editionspflicht und der Schiedsgerichtsvertrag beim Schweigen des Gesetzes mit Rücksicht auf die enge Verbindung beider mit dem Prozessrecht dem kantonalen Recht stillschweigend überlassen bleiben (Botschaft des BR. vom 3. März 1905, S. 55).

Dagegen genügt das *Schweigen des ZGB.* noch *keineswegs* zur *Annahme eines Vorbehaltes.* Dieses Schweigen besagt entweder, dass ein Rechtsinstitut aufgehoben, oder dass es der bundesrechtlichen Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen sei. Ob das eine oder das andere vorliegt, ist im einzelnen Fall zu erforschen. Ein Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechtes darf — das folgt aus Art. 51 Sch. T. — nur angenommen werden, wo das Schweigen unzweifelhaft zugunsten des kantonalen Rechtes erfolgt ist. Es muss das aus den Vorarbeiten und aus dem Charakter des betreffenden Institutes hervorgehen.

Der Sinn der Vorbehalte ist ein sehr verschiedener. Vielfach bleibt eine Materie oder die Aufstellung einer Bestimmung den Kantonen vorbehalten; sie, nicht der Bund, sollen darüber legiferieren. Aber die Regelung wird ihnen gleichzeitig zur *Pflicht* gemacht. Das besagen Wendungen wie: Die Kantone haben näher zu regeln, haben Bestimmungen aufzustellen über, die Kantone ordnen usw. Diese Anweisung wird im Schlusstitel in allgemeiner Weise wiederholt: Die Kantone treffen die zur Ergänzung dieses Gesetzes vorgesehenen Anordnungen (Art. 52, Abs. 1). Andere Vorbehalte dagegen gehen dahin, dass die Kantone Bestimmungen aufstellen *können.* Das sind die Vorbehalte im engern Sinn, die Vorbehalte, von denen allein Art. 5 ZGB. spricht.

Die Unterscheidung ist von grosser *Bedeutung für die Ausführungsgesetze.* Soweit die kantonalen Anordnungen notwendig sind zur Ausführung des neuen Rechts, müssen die Kantone sie erlassen. Es gilt dies auch da, wo eine spezielle Anweisung im Gesetze fehlt, aus dem Inhalt einer Bestimmung aber hervorgeht, dass sie, insbesondere nach der Seite des Verfahrens hin, noch der Ergänzung bedarf. Und diese kantonalen Anordnungen, welche erlassen werden müssen, können die Kantone auf dem *Verordnungswege* aufstellen, Art. 52, Abs. 2. Die andern Bestimmungen haben

hingegen die Kantone in der durch ihr kantonales Staatsrecht vorgeschriebenen Form zu erlassen. Jene Ermächtigung zum Erlass der notwendigen Ausführungsbestimmungen auf dem Verordnungsweg hatte schon Art. 1819 des Gesetzentwurfes betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen ZGB. durch Anfügung des OR. und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905 vorgesehen. Eine Begründung dazu fehlt in der Botschaft. Der Bundesgesetzgeber geht augenscheinlich davon aus, dass er diese notwendigen Bestimmungen schliesslich selbst hätte erlassen können.[5]) Er delegiert aber das Recht den Kantonen. Weil er ihnen aber die Pflicht zum Erlass dieser Bestimmungen auferlegt, soll ihnen auch die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, „diese Ausführungsvorschriften auf dem Verordnungswege festzusetzen, damit ohne den riskierten und umständlichen Weg der Gesetzgebung das nach der Bundesvorschrift Unerlässliche von seiten der Kantone getan werden kann".[6]) Für den Fall, dass ein Kanton die notwendigen Anordnungen nicht rechtzeitig trifft, sind Ersatzverordnungen des Bundesrates unter Anzeige an die Bundesversammlung vorgesehen (Art. 53 al. 1).

Uebrigens wird wohl kein Kanton die Ausführungsvorschriften darnach aussondern, ob er sie erlassen muss oder bloss kann und für beide dann eine verschiedene Behandlung eintreten lassen wollen. Die Ausscheidung wäre sehr schwer, die beiden Arten von Vorschriften gehen beständig ineinander über. Auch das bundesrätliche Memorial vom 24. Juli 1908 (Bbl. IV. 505 ff.) gibt dieser Unterscheidung keine weitere Folge.

Wo *Vorbehalte im engeren Sinne* gemacht werden, sind die Kantone *berechtigt, nicht verpflichtet,* Bestimmungen

---

[5]) Vergl. Botschaft des BR. vom 28. V. 1904, S. 11 ff., *Burckhardt* l. c. und oben S. 180.

[6]) *Huber,* stenogr. Bull. 16, 1232.

aufzustellen. Soweit diese Vorbehalte reichen, können sie das bisherige Recht weiterbestehen lassen oder abändern oder aufheben. Sie können dies in den Ausführungsgesetzen oder doch bei Gelegenheit der Ueberleitung des alten in den neuen Rechtszustand, sie können dies aber auch davon unabhängig, späterhin jederzeit. Nur steht dem Bund die Befugnis zu, solche Vorbehaltsmaterien selbst zu regeln oder sonst den gemachten Vorbehalt einzuschränken oder aufzuheben. Gelegentlich haben denn auch die Vorbehalte einen ausgesprochen transitorischen Charakter: nur bis zum Inkrafttreten der bundesrechtlichen Ordnung des betreffenden Rechtsgebietes stehe den Kantonen die Befugnis zur Gesetzgebung zu 918, Sch. T. 57.

Solcher *Vorbehalte im engeren Sinne* gibt es wieder *zwei Arten:* die einen gehen dahin, dass die Kantone Bestimmungen aufstellen können. Wenn sie von dieser Freiheit keinen Gebrauch machen, bleibt es einfach beim Bundesrecht. Das bestimmt denn auch ausdrücklich und in allgemeiner Wendung Art. 53, al. 2 Sch. T. Trotzdem fehlt es nicht an einer andern Art von Vorbehalten: Bestimmte Materien werden als kantonalrechtliche erklärt. So „verbleiben unter den Bestimmungen des kantonalen Rechtes“ Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften (Art. 59). So wird das Enteignungsrecht vorbehalten (Art. 666). So wird der Inhalt der Wegrechte ..., ferner der Holzungsrechte, Tränkerechte, Wässerungsrechte u. dergl., soweit sie für den einzelnen Fall nicht geordnet sind, durch das kantonale Recht ... bestimmt (Art. 740). Das sind keine notwendigen Ausführungsvorschriften im Sinne von Art. 52 Sch. T. Es kommt aber auch nicht Art. 53, al. 2 Sch. T. zur Anwendnng, sondern in diesen Materien gilt, soweit der Vorbehalt reicht, schlechtweg kantonales Recht. Somit ist — das ist die eine praktisch wichtige Konsequenz — das Bundesgericht auch dann nicht zuständig, wenn ein Kanton in einer dieser Ma-

terien keine „Bestimmungen“ aufgestellt hat. Ferner darf wohl folgender Grundsatz aufgestellt werden: Geht der Vorbehalt bloss dahin, dass ein Kanton Bestimmungen aufstellen dürfe, dann bedarf es wohl einer Bestimmung in kantonalem Gesetz oder kantonaler Verordnung. Sonst hat der Kanton von seiner Befugnis keinen Gebrauch gemacht und es kommt Art. 53, Abs. 2 zur Anwendung. Geht der Vorbehalt aber dahin, dass eine Materie schlechterdings in bestimmtem Umfange kantonal sei, dann ist es vom Standpunkte des Bundesrechtes aus völlig gleichgültig, ob der Kanton diese Materie überhaupt geregelt habe und in welcher Form. Insbesondere ist dann auch das kantonale Gewohnheitsrecht für dieses Rechtsgebiet durch den Vorbehalt gedeckt. Das hat gerade für die Genossenschaften des Art. 59 und für die Wegerechte des Art. 740 seine praktische Bedeutung. Dass hingegen da, wo die Kantone bloss Bestimmungen aufstellen können, das Gewohnheitsrecht nicht angerufen werden darf, ist für den Erlass der Ausführungsgesetze von grosser Bedeutung. Die kantonalen Zivilgesetzbücher sind aufgehoben. Wo ein Vorbehalt der genannten Art den Fortbestand kantonalen Rechtes ermöglicht, versteht sich diese Fortgeltung durchaus nicht von selbst. Das Ausführungsgesetz muss von jenem Vorbehalt Gebrauch machen und den Fortbestand statuieren. Wird dies unterlassen, so können jene früheren Gesetzesbestimmungen auch nicht als Gewohnheitsrecht in vorbehaltener Materie angerufen werden.

Diese Rechtslage kompliziert sich allerdings dadurch erheblich, dass nicht schlechtweg auf den Wortlaut des Vorbehaltes abgestellt werden darf. So bleibt es den Kantonen vorbehalten, über die Befugnis des Grundeigentümers, zum Zwecke der Bewirtschaftung oder Vornahme von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche Grundstück zu betreten, sowie über das Streck- oder Tretrecht, den Tränkweg, Winterweg, Brachweg, Holzlass, Reistweg u. dergl. nähere Vor-

schriften aufzustellen (Art. 695). Ferner „sind sie befugt", die Abstände festzusetzen, die bei Grabungen und Bauten zu beobachten sind (Art. 686, al. 1) und „es bleibt ihnen vorbehalten", weitere Bauvorschriften aufzustellen (Art. 686, al. 2). Macht ein Kanton von den ihm damit eingeräumten Befugnissen keinen Gebrauch, so bliebe es bei dem Grundsatz des Art. 53, al. 2 und es gilt Bundesrecht, wobei das Bundesgesetzesrecht nötigenfalls nach Art. 1 zu ergänzen wäre. Diese Lösung hätte wohl den Wortlaut der zitierten Vorbehalte und des Art. 53 für sich, aber sicherlich nicht ihren Sinn. Denn dieser geht hier dahin, dass auch kantonales Gewohnheitsrecht beachtlich sei. Ist doch in dem inhaltlich, mit dem Art. 695 sich eng berührenden Art. 740 sogar der Ortsgebrauch vorbehalten.

In diesem *Vorbehalt des Ortsgebrauches* liegt übrigens kein Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechtes. Dieser Vorbehalt ist nicht selten. Vorbehalten werden der Ortsgebrauch 611, 613, 621, 684, 740, oder die ortsübliche Auffassung oder die Ortsübung oder die übliche Auffassung 642, 643, 644, 699, 767, oder das Landesübliche 579 oder das Herkommen 331. Wo in dieser Weise auf Uebung oder Ortsgebrauch verwiesen wird, „gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende Uebung nachgewiesen ist" (Art. 5, Abs. 2). Hier bedarf es also nicht einer Uebernahme in das Ausführungsgesetz, sondern es können die jetzt aufgehobenen Gesetze angerufen werden. Es liesse sich sogar sehr wohl die Auffassung vertreten, dass die Kantone zu einer solchen Uebernahme von Materien, in denen nur der Ortsgebrauch vorbehalten ist, in die Ausführungsgesetze nicht befugt seien. Das bundesrätliche Memorial über die Einführung des ZGB. stellt sich indessen nicht auf diesen Boden und schlägt vielmehr die Aufnahme der einschlägigen Bestimmungen der bisherigen kantonalen Gesetze in die Ausführungsgesetze vor. Aber Vorbehalte zugunsten des kan-

tonalen Rechtes liegen zweifellos doch nicht vor. Die Kantone dürfen auf diesen Gebieten nicht mehr legiferieren. Die Herübernahme in die Ausführungsgesetze muss sich an das bisherige positive Recht halten. Zudem versagt die Wirkung derselben, sobald sich nachweislich eine abweichende Uebung gebildet hat (Art. 5). Diese Uebung ist auch nicht an die kantonalen Grenzen gebunden. Sie kann sich über das Gebiet des Kantons hinaus erstrecken, sie kann umgekehrt auch nur einzelne Gebietsteile desselben umfassen. Das liegt im Begriff des Ortsgebrauches. Der Ortsgebrauch ist selbständige Rechtsquelle [7]) neben dem kantonalen Recht.

Die *Durchbrechungen des Kodifikationsprinzipes* durch die Vorbehalte sind auf *sehr verschiedene Gründe* zurückzuführen. Das OR. hat bekanntlich manche obligationenrechtliche Institute vorbehalten wegen der engen Beziehungen derselben zum kantonalen gebliebenen übrigen Privatrecht, zum Familien-, Erb- und Sachen- insbesondere Immobiliarsachenrecht. Aus Rücksicht auf einen selbständigen Privatrechtsteil, der kantonal geblieben wäre, braucht jetzt ein Vorbehalt nicht mehr gemacht zu werden. Das OR. ist denn auch jetzt schon in diesem Sinne abgeändert und die bezüglichen Vorbehalte aufgehoben durch Sch. T. Art. 62 und die Lücken, welche das OR. mit Rücksicht auf den Grundstückskauf und die Schenkung bis jetzt offen gelassen hat, sind ausgefüllt durch die Bestimmungen der Art. 58 und 59 Sch. T. Es bleiben vielmehr nur noch die anderen Gründe, aus denen auch damals schon, bei Erlass des OR. Vorbehalte gemacht worden sind: einmal die engen Beziehungen bestimmter privatrechtlicher Verhältnisse zu dem öffentlichen Recht. Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass die ausserordentlichen Schwierigkeiten, welche an sich in Art. 6 ZGB. lägen, wonach die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen nicht beschränkt werden und

---

[7]) *Danz*, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl., 93 ff.

wonach wir veranlasst sind eine scharfe begriffliche Scheidung zwischen dem privaten und öffentlichen Recht durchzuführen, dadurch ausserordentlich herabgemindert werden, dass die Vorbehalte in den wichtigsten Fällen durch Gesetzeswort die Zweifel über die Zuteilung beheben. Sobald übrigens ein Vorbehalt gemacht wird, weil nach der Auffassung des Zivilgesetzgebers die betreffende Materie nicht dem Privatrecht angehöre, haben wir nicht mehr eine Durchbrechung des Kodifikationsprinzipes und deshalb keinen eigentlichen Vorbehalt vor uns. Es liegen dann „nicht Ausnahmen, sondern Klarstellungen" [8]) vor. Oft werden hingegen privatrechtliche Materien wegen ihres engen Zusammenhanges mit dem öffentlichen Recht vorbehalten. Entscheidend ist bald die Rücksicht auf das kantonale Prozessrecht, bald diejenige auf das Verwaltungsrecht und die staatlichen Einrichtungen der Kantone. Oft ist ferner, ein Vorbehalt wie schon angedeutet nur vorläufig gemacht, für so lange als die bundesrechtliche Regelung auf sich warten lässt. Endlich sind nicht wenige Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechtes aus dem nämlichen Grunde aufgenommen, aus welchem in andern Bestimmungen auf den Ortsgebrauch verwiesen wird: weil in der betreffenden Frage die Einheit kein Bedürfnis ist und sich die Verschiedenheit in den kleineren Kreisen und die Anpassung an örtliche Anschauung, Tradition und Bedürfnisse sehr wohl rechtfertigt. Manche Vorbehalte sind gewiss nur ungern gemachte Konzessionen, Einbrüche in das kodifizierte Bundesrecht und mit Rücksicht auf sie kann man wohl von einer „Verlustliste des Einheitsgedankens" sprechen. Aber recht viele Vorbehalte sind vollauf gerechtfertigt. Sie zeigen eine weise Mässigung des Bundesgesetzgebers. Sie sind demselben Respekt vor der Tradition und den Aeusserungen des Rechtsbewusstseins und des Rechtslebens des Volkes entsprungen, der auch dem

---

[8]) *Enneccerus,* Lehrbuch I, 41.

vereinheitlichten Recht seinen Stempel aufgedrückt hat. So bedauerlich einige Vorbehalte sind, so erfreulich ist anderseits, dass der Gesetzgeber sich von einem doktrinären Vereinheitlichungsfanatismus fern zu halten gewusst hat.[9])

Aeusserst verschieden wie die Formulierung und die Gründe ist *auch die Tragweite der Vorbehalte*. Sie sind teils allgemeine, teils besondere und zwar ist die Grenze keine scharfe, sondern beide Arten sind durch die verschiedensten Uebergangsstufen miteinander verbunden. Zuweilen erscheint ein Institut im ZGB. nach allen Richtungen vollständig geregelt oder doch vollständig als bundesrechtliches Institut angesprochen. Nur nach einer bestimmten Richtung hin ist Raum gewährt für eine kantonale Vorschrift, deren allfälliger Inhalt aber im ZGB. selbst niedergelegt ist. Es besteht nur die Alternative, es auch in diesem Punkte beim Bundesrecht zu belassen oder jene bestimmte andere Norm aufzustellen, so die mögliche Zuweisung neuen Landes durch das kantonale Recht an die Anstösser (659), das mögliche Erbrecht der Gemeinden (466), Möglichkeit, für die im Kanton wohnenden Bürger, die Heimatgemeinde als zur Bevormundung zuständig zu erklären (376), amtliche Schatzung für den Schuldbrief (843) Belastungsgrenze für den Schuldbrief (843). Oder es ist doch die Richtung bestimmt, in welcher sich das allfällige kantonale Recht zu bewegen hat: so die Möglichkeit der Einschränkung der Kündbarkeit des Schuldbriefes, so die weitere Regelung der Bodenverbesserungen im Sinne der Förderung und Erleichterung derselben (702).

Weiter gehen die Vorbehalte, welche die „Regelung" den Kantonen überlassen. Aber es kann sich dabei um einen engen Tatbestand und demnach auch nur um engbegrenzte Möglichkeiten der rechtlichen Regelung handeln: Teilungs-

[9]) Ueber die verschiedene Bewertung der Vorbehalte des d. BGB. und des EG.: *Niedner* XXII, *Störk*, d. BGB. und der Gesetzgebungsapparat des deutschen Reiches, Greifswalder Festgabe für *Bekker*, 145 ff.

verbote für Grundstücke im Erbrecht (616), Regelung oder Aufhebung des Anries bei Gestattung des Uebergreifens von Aesten oder Wurzeln fruchttragender Bäume (688), Regelung der Ableitung von Quellen zur Wahrung des allgemeinen Wohles (705), Benutzung von Quellen (705), das Recht auf Zutritt und Abwehr bei Wald und Weide (699), der Inhalt der Wegerechte (740). — Oder das Gesetz geht nicht von einem Tatbestande aus. sondern von einer rechtlichen Einrichtung, die aber wieder nach den gesetzlichen Voraussetzungen eng umschrieben ist, so die Zulassung gesetzlicher kantonaler Pfandrechte aus öffentlich-rechtlichen oder andern für alle Grundeigentümer allgemein verbindlichen Verhältnissen (836).

Möglich ist umgekehrt, dass das Bundesrecht eine rechtliche Einrichtung regelt, den Kantonen aber überlässt, diese noch für weitere Fälle vorzusehen und sich anzueignen, so die Inventarisierung im Erbrecht (553), die weiteren Fälle amtlicher Mitwirkung bei der Erbteilung (609).

Wiederum weiter gehen jene Vorbehalte, nach welchen die Regelung von Tatsachenkomplexen oder rechtlichen Einrichtungen von grösserer Erheblichkeit zwischen Bund und Kanton geteilt erscheinen. So das Versatzpfand (907, 915).

Oder die betreffende Einrichtung ist überhaupt den Kantonen überlassen. Sie können sie einführen oder nicht. Falls sie es aber tun, sind sie an eine Reihe von Vorschriften gebunden, welche für diesen Fall das Bundesrecht aufgestellt hat. So kann das Bundesrecht ein Institut den Kantonen zur Verfügung stellen, es aber nach den wesentlichsten Richtungen hin selbst ordnen, so die Heimstätten (349). Die Kantone sind dabei an die Normalien Art. 350—359 gebunden, So die Pfandbriefe 918 Al. 3 und 916 ff., die Sicherung der Spareinlagen (Art. 57 Sch. T.).

Am weitesten gehen jene Vorbehalte, welche die Regelung bestimmter subjektiver Rechte, rechtlicher Einrichtungen oder tatsächlicher Verhältnisse schlechtweg dem kantonalen Recht

überlassen. So Art. 59 Abs. 3 die Allmendgenossenschaften und ähnlichen Körperschaften, Art. 664 das Recht der herrenlosen und öffentlichen Sachen, 686 Baurecht. Allerdings stossen wir auch hier wenigstens in einzelnen Richtungen auf bundesrechtliche Bestimmungen, an welche die Kantone sich bei der Regelung halten müssen, vergl. insbes. betr. die Wasserrechtsverleihungen Sch. T. Art. 56.

Wie weit diese Vorbehalte im Einzelnen reichen, kann nur durch Einzeluntersuchung festgestellt werden.[10]) Aber *für alle allgemeineren Vorbehalte,* also für jene, welche eine „Regelung" oder weitere Vorschriften oder gar überhaupt die Ordnung bestimmter Rechtseinrichtungen oder Rechtsgebiete dem kantonalen Recht überlassen, macht sich doch das Bedürfnis unabweislich geltend, *eine grundsätzliche Umschreibung ihrer Tragweite* aufzustellen. Die gleiche Aufgabe hatte sich nach Erlass des OR. erhoben. Das Problem ist bekannt und bekannt ist auch die Lösung, welche es schliesslich gefunden hat. Wenn in Art. 231 (also im Titel über den Kaufvertrag) der Kaufvertrag über Liegenschaften vorbehalten wurde und auch sonst im OR. zerstreut sich einzelne Vorbehalte finden, welche sich auf diesen Vertrag beziehen, so glaubte man, in ihnen den Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes finden zu dürfen, wonach der Grundstückskauf gänzlich und nach allen Richtungen hin, insbesondere also auch in allen Fragen des allgemeinen Teils des OR. dem kantonalen Recht verbleibe. Dasselbe gilt für den Vertrag über Verpfändung einer Liegenschaft, für die übrigen auf Immobilien sich beziehenden, ferner für die familien- und erbrechtlichen Verträge. Diese Lösung des Problems ist vielleicht weniger durch die Wucht der Gründe als durch die Konstanz der Praxis zur endgültigen für das heutige Recht geworden.

---

[10]) *Zittelmann,* l. c. 9.

Für das neue Recht darf die Berechtigung der Frage nicht etwa damit angezweifelt werden, dass unser ZGB. keinen allgemeinen Teil kenne. Das trifft nur formell zu. In Wirklichkeit fehlt es natürlich unserer Privatrechtsordnung nicht an einer Fülle von Rechtssätzen, welche für alle oder doch eine mehr oder weniger grosse Zahl von Tatsachen und Einrichtungen Geltung beanspruchen. Das OR. selbst kennt zwar in seiner heutigen Einteilung expressis verbis keinen allgemeinen Teil, aber es unterliegt doch keinem Zweifel, dass die ersten fünf Titel zu den spätern im Verhältnis allgemeiner Bestimmungen zu besondern stehen. Der Entwurf eines revidierten OR. nimmt diese Scheidung denn auch formell vor. Das ZGB. spricht bereits von den „allgemeinen Bestimmungen des OR." und zwar erfolgt diese Verweisung gerade zu dem Zwecke die Anwendbarkeit jener Bestimmungen auch auf andere (als die im OR. geregelten) zivilrechtlichen Verhältnisse auszusprechen (Art. 7). Materiell kommt also den genannten Titeln des OR. die Bedeutung eines allgemeinen Teiles zu.[11])

Somit erhebt sich die alte Frage auch für das neue Recht und seine Vorbehalte. Aber die Antwort muss nunmehr eine andere sein. Denn die weitgehende Respektierung des kantonalen Rechtes, wie sie der genannten heutigen Praxis entspricht, liess sich doch nur mit der Rechtszersplitterung im Gebiet des Familien-, Erb- und Sachenrechtes begründen. Das ZGB. will aber grundsätzlich das ganze Privatrecht vereinheitlichen. Ausnahmen gelten nur „soweit" bundesrechtlich etwas anderes vorgesehen ist (Art. 51). Nur „soweit" sind die Kantone befugt Bestimmungen aufzustellen (Art. 5). Die Vermutung spricht für die Einheit und gegen die Einschränkung derselben.[12]) Das liegt im Kodifikationsprinzip begründet.

[11]) Erl. I. 22 ff. Stenogr. Bull.
[12]) *Zittelmann* l. c. Sp. 11 ff.

Dazu kommt die schon in anderem Zusammenhang besprochene Bestimmung des Art. 53, Al. 2, wonach es bei den Vorschriften des ZGB. auch in einer dem kantonalen Recht vorbehaltenen Materie bleibt, wenn der Kanton von seiner Befugnis keinen Gebrauch gemacht und keine Bestimmungen aufgestellt hat. Und endlich dehnt Art. 7 die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des OR. auch auf die anderen zivilrechtlichen Verhältnisse aus. Somit bleiben *auch mit jenen allgemeinen Vorbehalten nur die besonderen Bestimmungen vorbehalten. Für die allgemeinen Fragen kommt das allgemeine,* d. h. *das Bundesrecht* zur Anwendung. Darnach richtet sich also die Frage des Vertragsabschlusses, der Form, des Irrtums oder Betruges, der Stellvertretung, der Bedingungen, der Verjährung. Für sie gilt also inskünftig auch in den vorbehaltenen Materien Bundesrecht, also Art. 1 ff. OR. Die dort niedergelegten Grundsätze kommen freilich auch heute schon in den Kantonen für die kantonalen Rechtsgebiete zur Anwendung, sei es auf Grund einer ausdrücklichen Uebernahme (vergl. zürch. privatrechtl. GB. § 1089), sei es ohne solche. Aber sie kommen zur Anwendung als kantonales Recht. Unter den neuen Verhältnissen gelten sie auch in den kantonalen Sonderrechtsgebieten kraft Bundesrechtes und es wird für sie also auch in solchem Zusammenhang die Berufung an das Bundesgericht zugänglich. Dagegen konnten die Kantone bis anhin die Grundsätze des OR. für ihre Zwecke, für die Anwendung auf sachen-, familien- und erbrechtliche Verhältnisse beliebig ändern und dabei bleibt es für die vorbehaltenen Materien allerdings auch in Zukunft. *Die Kantone können zwar nur noch die besonderen Bestimmungen aufstellen,* welche der Zweck der Regelung eines bestimmten Institutes mit sich bringt. Aber sie können auch in jenen Fragen, welche im Bundesrecht eine allgemeine Regelung erfahren haben, eine *abweichende Bestimmung im Sinne einer Sonderbestimmung* für ein bestimmtes Sonder-

gebiet aufstellen, also beispielsweise über Stellvertretung, Irrtum usw.[13])

Soweit aber von dieser Freiheit kein Gebrauch gemacht wird, gilt Bundesrecht. Und damit stossen wir schliesslich für das kantonale Recht auf genau dieselbe Frage, welche sich uns schon für das Bundesrecht erhoben hat:[14]) Im Zusammenhang der Regelung einer vorbehaltenen Materie verwendet das kantonale Recht Begriffe, welche bis anhin ihren Inhalt durch das nunmehr aufgehobene kantonale Recht erhalten haben, beispielsweise: bewegliche Sache, Pertinenz, Grundstück, Erbe, Verwandschaftsgrade, eheliche, uneheliche Geburt, Adoption usw. Wir müssen wiederum unterscheiden: Entweder ist damit einfach auf das jus commune verwiesen, also bis anhin auf das kantonale Recht. Dann wird diesem jetzt das Bundesrecht substituiert. Oder die Verwendung geschieht in einer Weise, welche den betreffenden Begriff — oder übrigens auch einen Rechtssatz, auf den hingewiesen wird — zum organischen Bestandteil des vorbehaltenen Spezialrechtes erhebt. Dann wird sein Inhalt durch das kantonale (Sonder-) Recht umschrieben. Die Vermutung spricht aus den gleichen Gründen, aus welchen nur die besonderen Bestimmungen vorbehalten sind dafür, dass der Verwendung die erstgenannte Bedeutung zukomme.

Noch häufiger als in vorbehaltenen privat-rechtlichen Materien wird die Verwendung allgemeiner privat-rechtlicher Begriffe in kantonalen öffentlich-rechtlichen Gesetzen sein, in Strafgesetzbüchern, Prozessordnungen, Armengesetzen, Steuergesetzen. Das kantonale Recht entscheidet darüber, ob die verwendeten Begriffe im Sinne des bisherigen kantonalen Privatrechtes oder im Sinne des neuen ZGB. aufzufassen seien. Die kantonalen Ausführungsgesetze können

---

[13]) Vergl. für das deutsche Recht *Planck*, EG. Vorbemerkung zu Art. 55, *Niedner* zu Art. 55, *Zittelmann* l. c., Sp. 13 ff.

[14]) Vergl. oben S. 169 ff.

sich darüber aussprechen. Es ist empfehlenswert, dass sie eine Anpassung der genannten Gesetze an die Sprechweise und die Begriffswelt des ZGB. vornehmen. Die Anwendung und Auslegung verbleibt auf diesen Gebieten auch dann, da es sich um öffentliches Recht handelt, den Kantonen.

Das Neutralitätsrecht in seiner neuesten Gestaltung.

Von Prof. Dr. **Max Huber.**

I.

Das Völkerrecht umschliesst zwei fundamental verschiedene Gruppen von Rechtssätzen: Friedensrecht und Kriegsrecht; das erstere beruhend auf der grundsätzlichen Selbständigkeit und Unverletzlichkeit der Staaten, das letztere auf der prinzipiell unbeschränkten Kriegsgewalt der Kriegführenden in deren gegenseitigen Beziehungen. Das Bindeglied dieser beiden Rechtsgebiete ist das Neutralitätsrecht, welches die Stellung der an einem Kriege nicht beteiligten Staaten gegenüber den Kriegführenden regelt. Während im Friedens- und Kriegsrecht trotz aller Verschiedenheit der Interessen die beteiligten Staaten an sich gleiche Ziele verfolgen und eine Vereinbarung von gegenseitig anerkannten Rechtssätzen nicht allzu schwierig erscheint, begegnen sich im Neutralitätsrecht diametral entgegengesetzte Tendenzen: das Interesse der Neutralen, von dem Kriege so wenig als irgend möglich in Mitleidenschaft gezogen zu werden, und dasjenige der Kriegführenden, in der Verfolgung des Kriegsziels durch Rücksichten auf die Neutralen nicht gehemmt zu sein.

Je nach dem Kriegsschauplatz gestalten sich indessen die Möglichkeiten eines Ausgleichs zwischen diesen antagonistischen Interessen verschieden. Auf dem Lande, wo über jeden Fleck bewohnter Erde irgend ein Staat kraft seiner Souveränität selbstherrlich gebietet, scheiden schon in Friedenszeiten die Staatsgrenzen die Wirkungssphären der Staaten scharf gegeneinander ab. Wenn nun auf den einen Gebieten

Krieg geführt wird, so können die bisherigen Beziehungen zwischen den nun im Kriegszustand befindlichen Staaten und den neutral gebliebenen zwar erheblich gestört werden, aber eine Kollision der Staatsgewalten selbst entsteht nicht. Da das Recht der Kriegführung jedem unabhängigen Staate zukommt, sind die Neutralen gezwungen, die mittelbaren Wirkungen der Kriege Dritter zu dulden. Auch der Umstand, dass das neutrale Gebiet für alle Akte der Kriegführung gesperrt ist — mag darin auch bisweilen eine erhebliche Beschränkung strategischer und taktischer Massnahmen liegen — ist doch in der Regel dadurch ausgeglichen, dass dieses Gebiet, weil beiden Kriegsparteien gleichmässig verschlossen, jeder von ihnen eine sichere Rückendeckung bietet. In soweit also, d. h. soweit es sich um die Neutralität eines Staatsgebietes im Landkriege handelt, ist ein Ausgleich der beiderseitigen Interessen noch verhältnismässig leicht, und es konnte deshalb auch eine allseitig akzeptierte, vertragliche Regelung durch die zweite Friedenskonferenz erzielt werden.

Ganz anders liegen die Verhältnisse im Seekrieg. Der Seekrieg wird in der Hauptsache ausserhalb eines Staatsgebietes, auf der hohen See, ausgefochten, da, wo der Neutrale ein gleiches Recht auf ungestörte Ausübung seiner Schiffahrt hat, wie der Kriegführende ein solches auf Ergreifung aller seinem Kriegszweck dienenden Massnahmen; und zwar ist da ein Ausgleich nicht so leicht möglich durch gegenseitige Konzessionen, weil es sich hier um vitale Interessen der Kriegführenden und der Neutralen handelt. Die ersteren sind gezwungen, auf dem Meere nicht nur die feindlichen Streitkräfte zu bekämpfen, sondern auch die wirtschaftliche Kraft des Gegners durch Unterbindung seines Handels zu treffen. Das strategische Objekt des Seekrieges ist der Seehandel. Würde den Kriegführenden die Einwirkung auf den Handel versagt durch Aufhebung des Prisenrechts, so wäre die Aktionsfähigkeit der Flotten auf die meist geringe

Wirkung gegen die Küsten [1]) und die Sicherung bezw. Bekämpfung der Transporte von Landstreitkräften beschränkt. Während der Landkrieg notwendigerweise die Behauptung des eigenen Gebietes oder die Beherrschung feindlichen Landes mit sich bringt, liefert der Seekrieg keinen andern unmittelbaren Ertrag als Seebeute und Prisen. Ist demnach für die Kriegführenden ein Verzicht auf Unterbindung des ihnen schädlichen bezw. dem Gegner Vorschub leistenden Handels unmöglich, so liegt im Kriege für den neutralen Handel eine grosse Gefahr und empfindliche Schädigung darin, dass er nicht nur der Beziehungen zu den Kriegführenden beraubt werden kann, sondern auf allen Meeren sich eine Kontrolle über Bestimmungsort und Art der Waren seitens der Kriegführenden sollte gefallen lassen. Würde ein gewisses Gleichgewicht der Seekräfte bestehen und jeder Staat sich sowohl in der Rolle des Neutralen und des Kriegführenden vorstellen, so wäre ein Ausgleich der Interessen weniger schwierig. Aber schon im Mittelalter übten über die verschiedenen Teile des Mittelmeers und der Nordseee einzelne Mächte eine Vorherrschaft aus, und seither hat Grossbritannien eine fast unbeschrittene Uebermacht auf allen Ozeanen besessen und dabei vor allem die Interessen des Kriegführenden berücksichtigt. Diese Seemächte haben das Seerecht ihren Interessen jeweilen angepasst und die Bildung eines allgemein angenommenen, weil allgemein annehmbaren Rechts verhindert. Zwar hat Grossbritannien im XIX. Jahrhundert mit Rücksicht auf das Emporkommen anderer Flotten und seine steigende Abhängigkeit von überseeischer Lebensmittelzufuhr wichtige Konzessionen gemacht, aber dennoch ist die einzig dastehende britische Flotte bis heute ein un-

[1]) Durch die von der zweiten Friedenskonferenz vereinbarte Konvention betr. Bombardierung durch Seestreitkräfte ist die Beschiessung unverteidigter Ortschaften im allgemeinen verboten worden. Brandschatzungen von Küstenstädten sind ausgeschlossen.

übersteigliches Hindernis gewesen für die Aufstellung allgemein gültiger Sätze über Kriegführung und Prisenrecht.

Die Neutralität im Seekrieg bietet aber auch noch nach einer andern Seite hin ausserordentliche Schwierigkeiten. Während die Neutralität eines Staatsgebietes im Landkriege, von wenigen auf den Ausgang eines Krieges nicht entscheidend einwirkenden Ausnahmen (Internierung, Durchführung von Krankentransporten) abgesehen, eine absolute ist, wie übrigens auch schon in Friedenszeiten Truppenteile nie fremdes Gebiet betreten, so ist in Krieg und Frieden die Benutzung fremder Gewässer und Häfen für die Flotten etwas ganz allgemeines und für die Kriegführung der meisten Staaten schlechthin unumgängliches. Anderseits natürlich kann die Benutzung neutraler Meeresteile durch eine Kriegspartei doch nur in eng begrenztem Rahmen zulässig sein, wenn die andere Partei gehalten sein soll, die Unverletzlichkeit des neutralen Wassergebiets zu respektieren und sich darin aller Feindseligkeiten zu enthalten. In der Frage der Benutzung neutraler Häfen und Küstengewässer stehen sich diametral entgegengesetzte Interessen gegenüber. Auch hier liegt die Schwierigkeit eines Ausgleichs wieder vor allem in Grossbritannien, das dank seiner ununterbrochenen Kette von Besitzungen der fremden Häfen entraten kann und deshalb ein Interesse hat, die territoriale Neutralität im Seekriege soviel als möglich derjenigen im Landkriege entsprechend zuzuspitzen, denn in dem gleichen Masse sinkt der Aktionsradius der übrigen Flotten. Die Konvention, welche die Rechte und Pflichten der neutralen Staaten im Seekriege regelt, hat deshalb einen ausgesprochenen Kompromisscharakter und ist auch in dieser Form nicht allgemein und bedingungslos angenommen worden. Immerhin ist es eine bemerkenswerte und erfreuliche Tatsache, dass sich die Mächte soweit entgegenkommen konnten.

Trotz dieser fast unüberwindlich erscheinenden Hinder-

nisse sind immer und immer wieder Versuche gemacht worden, das Neutralitätsrecht vertragsmässig zu regeln. In grossem Masstabe geschah dies zuerst durch die Verträge, die auf dem Kongress von Utrecht 1713 geschlossen wurden. In jenen Friedens- und Handelstraktaten erhielt das Recht der neutralen Schiffahrt, insbesondere die Verfrachtung feindlicher Ware auf neutralen Schiffen, eine vertragliche Sicherung, aber allerdings nicht in dem Sinne, dass allgemein gültige liberale Prinzipien aufgestellt worden wären, sondern nur in der Form von ausdrücklicher Vergünstigung gegenüber dem rücksichtsloseren, sonst angewendeten Recht. Eine Art Kollektivprotest gegen die drückende Geltendmachung des Seerechts durch Grossbritannien sind die beiden unter dem Namen der bewaffneten Neutralität bekannten Allianzen von 1780 und 1800. Ihre Prinzipien fanden aber erst ein halbes Jahrhundert später in der Pariser Seerechtsdeklaration von 1856 allgemeine, insbesondere auch Englands Zustimmung. Aber gerade die lakonische Formulierung der Rechtssätze durch diese Deklaration lässt sehr verschiedene Interpretationen zu und in der Tat steht die englisch-amerikanische Auffassung vom Blokaderecht in scharfem Gegensatz zu der kontinentalen.

Die mitteleuropäischen Kriege, insbesondere der deutsch-französische und der den translatlantischen Handel in Mitleidenschaft ziehende Sezessionskrieg in Amerika rollten die Fragen des gesamten Neutralitätsrechts neu auf. Eine Kodifikation liess aber noch lange auf sich warten. Die erste Friedenskonferenz äusserte nur den Wunsch, dass eine spätere Konferenz die Rechte und Pflichten der Neutralen regeln möge; selber hat sie nur vereinzelte Fragen des Neutralitätsrechts in dem von ihr geschaffenen Landkriegsreglement geordnet. Inzwischen sind zwei grosse überseeische Kriege geführt worden, der südafrikanische und insbesondere der russisch-japanische. In letzterem spielte zwar, da China sich in seiner abnormen Situation passiv verhielt, die Neutralität

in den Landoperationen keine Rolle, eine um so grössere dagegen bei den Bewegungen der Flotten. Die zutage tretenden klaffenden Gegensätze führten nahe an schwere internationale Konflikte heran, so dass die Klärung und vertragsmässige Festlegung des Neutralitätsrechts als im dringenden Interesse der Friedenserhaltung gelegen erkannt wurde. In dem russischen Zirkular vom 21. März/3. April 1906, welches formell die Grundlage der II. Friedenskonferenz bildet, nehmen die auf den Seekrieg und zwar die Neutralität bezüglichen Programmpunkte entschieden die erste Stelle ein. Von den vier Kommissionen, in welche sich die Konferenz zur Bewältigung ihrer Geschäfte teilte, befassten sich drei zum grössten Teil mit Fragen der Neutralität, die zweite Kommission mit dem Landkrieg, die dritte mit der territorialen Neutralität im Seekrieg und die vierte mit dem neutralen Handel zur See.

Resultate sind nicht ausgeblieben, wenn auch der oberflächliche Beobachter sie gering einschätzen mag. Gewiss sind die schwierigsten Fragen des Seerechts, das Kontrebandeverbot und die nähere Regelung der Blockade, nach langwierigen Verhandlungen als einer Vereinbarung zurzeit unzugänglich erkannt worden, das Bestreben aber, hier eine Lösung zu finden, bleibt unverändert und es soll auf Veranlassung Grossbritanniens in nächster Zeit zu diesem Zwecke eine Konferenz der grossen Seemächte stattfinden. Aber wenn auch noch wichtige Fragen der Lösung harren, so sind andere Materien des Neutralitätsrechts geregelt worden, die einen unter allgemeiner Zustimmung, die andern nach den Intentionen einer starken Mehrheit. Das Recht der neutralen Staaten im Landkriege ist in einer allseitig anerkannten Form kodifiziert worden, das bisherige unsichere Gewohnheitsrecht ist in klares geschriebenes Recht übergeführt worden. Ein Versuch, der Neutralität noch einen weitern, neuen Inhalt zu geben, nämlich sie auf die in den Gebieten der Kriegführenden

weilenden Angehörigen neutraler Staaten auszudehnen, scheiterte in der Hauptsache, aber hier handelte es sich nicht um die Feststellung geltenden, sondern um die Schaffung völlig neuen Rechts. Das Recht der neutralen Staaten im Seekriege bildet ebenfalls den Gegenstand einer ausführlichen Konvention, die, ausser von den Vereinigten Staaten, von allen Seemächten ersten Ranges angenommen wurde, wenn auch von Grossbritannien, Japan und Deutschland nur mit gewissen Vorbehalten. Eine Regelung des neutralen Seehandels war nur in wenigen, zwar nicht unwichtigen, aber immerhin sekundären Punkten zu erzielen. Dagegen bedeutet die Konvention betreffend die Errichtung eines internationalen Prisengerichts nicht nur eine ausserordentliche Verbesserung der Lage der Interessenten des neutralen Handels, sondern einen der grössten Fortschritte, den das Völkerrecht gemacht hat und überhaupt machen kann. Zwar ist es möglich, ja wahrscheinlich, dass die Ratifikation der Prisengerichtskonvention durch Grossbritannien, trotzdem diese Macht gleichzeitig mit Deutschland die Initiative zu dieser Reform ergriffen hatte, noch grossen Schwierigkeiten begegnen wird. Früher oder später wird der Gerichtshof doch in Funktion treten, was wesentlich von dem Zustandekommen einer Verständigung über Kontrebande und Blockade bedingt sein wird.

Die Schweiz, als grundsätzlich neutraler Staat, ist an allen Neutralitätsfragen interessiert, soweit es sich nicht um die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte im Seekriege handelt. Die Stellung des neutralen Staats im Landkriege ist von der grössten Bedeutung für ein Land in der geographischen und politischen Lage der Schweiz und auch das Recht der Angehörigen neutraler Staaten in den Gebieten der Kriegführenden ist in Anbetracht der grossen Zahl im Ausland lebender Schweizer wichtig. Der Schutz des neutralen Seehandels ist, trotzdem die Schweiz ein Binnenstaat ist und daher keine unmittelbaren Schiffahrtsinteressen hat, von der

allerhöchsten Bedeutung für die schweizerische Volkswirtschaft. Im Seerecht handelt es sich nicht nur um die Schiffahrt, sondern auch, unabhängig vom Schiffe, um die Waren. Der schweizerische Import und Export über See, abgesehen von dem, was zunächst nach andern Ländern geht und dort durch Verzollung nationalisiert wird, beträgt jährlich zirka 650,000,000 Franken. Aber auch durch die Transportversicherungsanstalten ist die Schweiz an allen Fragen des Seerechts interessiert. Ganz abgesehen von diesen unmittelbaren Beziehungen der Schweiz zu den seerechtlichen Fragen ist die schweizerische Volkswirtschaft, die in so hohem Grade von dem internationalen Verkehr abhängt, beeinflusst durch alle Momente, welche störend oder schützend den Welthandel in Kriegszeiten beeinflussen.

Die Lösungen, welche die neutralitätsrechtlichen Probleme durch die II. Friedenskonferenz gefunden haben, bedeuten durchweg eine erhebliche Verbesserung für die Schweiz und den schweizerischen Handel. Brachte man anfänglich schweizerischerseits, besonders im Jahre 1899, den Bestrebungen, das Neutralitätsrecht zu kodifizieren, ein gewisses Misstrauen entgegen, so bietet das Ergebnis der Verhandlungen der II. Friedenskonferenz nicht nur den Vorteil klaren und allgemein anerkannten Rechts gegenüber bestrittenem Gewohnheitsrecht, sondern nach der Konvention von 1907 sind die Pflichten der neutralen Staaten auf das Minimum beschränkt und erheblich gegenüber dem, was die Eidgenossenschaft bis jetzt glaubte jeweilen tun zu müssen, herabgesetzt worden. Die Verbesserungen, welche das Seekriegsrecht erfahren hat, bedeuten einen reinen Gewinn für den schweizerischen Ueberseehandel, denn die Schweiz ist, nach der Natur der Sache, niemals in der Lage, durch ein den Neutralen weniger günstiges Seerecht strategische oder wirtschaftspolitische Vorteile zu erzielen.

II.

Ausser den *allgemeinen Normen des Neutralitätsrechts*, welche für die Natur des Neutralitätsverhältnisses und dessen zeitlichen Beginn massgebend sind, zerfallen die neutralitätsrechtlichen Sätze in zwei wesensverschiedene Klassen: das Recht der territorialen Neutralität und dasjenige der extraterritorialen. Die erstere bezieht sich auf die gegenseitigen Verhältnisse der neutralen und kriegführenden Staaten als solcher, die letztere auf die Beziehungen der Angehörigen neutraler Staaten zu den Kriegführenden. *Die territoriale Neutralität* ist ein Verhältnis von Staat zu Staat und konzentriert sich in dem Prinzip, dass das Gebiet eines neutralen Staates völlig vom Kriegszustande eximiert sein soll, sowohl aktiv wie passiv. Dabei streitet in Zweifelsfällen die Vermutung immer gegen den Kriegführenden und für den Neutralen, d. h. den letzteren geht der Krieg an sich nichts an, es sollen ihm aus den Verhältnissen dritter Staaten nicht mehr Pflichten erwachsen als mit Rücksicht auf die Erhaltung der Neutralität absolut unumgänglich sind. Was der Kriegführende verlangen kann, ist niemals eine Benutzung neutralen Gebiets oder gar eine Leistung seitens des neutralen Staates, sein Anspruch beschränkt sich darauf, dass der neutrale Staat die beiden wesentlichen Prinzipien, welche die Neutralität ausmachen, beobachte: die Gegenseitigkeit und die Parität. Die Gegenseitigkeit bedeutet, dass, so wie der Kriegführende keinerlei kriegerische Operationen auf neutralem Gebiet vornehmen darf, der Neutrale, bei dem natürlich jede feindliche Tätigkeit begrifflich ausgeschlossen ist, auch seinerseits keine derartigen Vorgänge dulden soll, sondern zu deren Repression

verpflichtet ist. Diese Gegenseitigkeit ergibt sich aus der notwendigen Rücksicht auf die allfällig benachteiligte Kriegspartei. Würde ein Neutraler mit einer Gebietsverletzung, z. B. dem Durchzug von Truppen der einen Kriegspartei, einverstanden sein, so wäre, trotz der Rechtsregel volenti non fit injuria, diese Duldung rechtswidrig, denn der andern Kriegspartei gegenüber hat der Neutrale nur Anspruch auf Integrität, wenn er diese deren Gegner gegenüber selber wirksam behauptet. Es wäre zwar denkbar, dass die Neutralität lediglich in der Parität, der gleichmässigen Behandlung, also unter Umständen der gleichmässigen Begünstigung beider Kriegsparteien bestünde; eine solche Auffassung entspricht aber dem heutigen Recht nicht und kann auch nur in beschränktem Umfange Anwendung finden, soll das neutrale Gebiet nicht schliesslich zum Kriegsschauplatz werden. Während noch im XVIII. Jahrhundert der territoriale Neutralitätsbegriff unsicher war und verschiedene Abstufungen von bewaffneter, wohlwollender Neutralität u. a. m. unterschieden wurden, ist die Neutralität des heutigen Völkerrechts durchaus einheitlich und negativ: das neutrale Gebiet *muss* ausserhalb der kriegerischen Operationen bleiben. Das ist ausdrücklich sowohl in der Konvention betreffend die Neutralität im Landkrieg wie in derjenigen betreffend den Seekrieg ausgesprochen, für den letzteren Fall allerdings in weniger strikter Weise hinsichtlich der Pflichten der neutralen Staaten.

Der zweite Grundsatz, der für die territoriale Neutralität massgebend ist, ist die Parität, d. h. der Neutrale hat beide Parteien gleich und zwar formell gleich zu behandeln. Dadurch können zwar erhebliche materielle Ungleichheiten entstehen, aber das Interesse an einer einfachen Rechtslage überwiegt gegenüber demjenigen an einer objektiv gleichen Behandlung der Parteien. Ein von neutraler Seite erlassenes Ausfuhrverbot z. B. für Lebensmittel, Pferde u. s. w. ist gleichgültig für einen Staat, der diese Objekte sich aus dem eigenen

Gebiet oder aus einem andern Staate leicht beschaffen kann, bedeutet aber eine empfindliche Schwächung für denjenigen, der sie wegen eines solchen Verbots über eine von feindlichen Kreuzern bedrohte Seeroute beziehen muss. Noch eingreifender kann die Seekriegsführung für die meisten Staaten durch eine liberale oder eine rigorose Handhabung der Neutralität beeinflusst werden. Ein sicherer Masstab für eine materielle Parität liesse sich aber nie gewinnen, das Interesse am Frieden verlangt deshalb eine formelle Lösung.

Die Parität entbehrt eines materiellen Inhalts, sie kann ebensowohl in einer völligen Abschliessung des neutralen Gebiets und der neutralen Gewässer bestehen wie in dem gleichmässigen Gewährenlassen alles dessen, was durch die Neutralitätspflicht nicht verboten ist. Im Landkriege wird das letztere die Regel sein, im Seekrieg dagegen ist die Praxis, wie der russisch-japanische Krieg gezeigt hat, ausserordentlich verschieden. Die Bestimmungen, welche die Konventionen aufgestellt haben, bilden lediglich die Minima von Pflichten der Neutralen gegenüber den Kriegsparteien, nichts hindert sie aber die Neutralität zu verschärfen durch Beschränkungen und Verbote. Jede derartige Massregel ist aber gegen alle Parteien gleich zu handhaben.

Soweit die territoriale Neutralität im allgemeinen. Das Gegenstück zu ihr bildet *die extraterritoriale Neutralität,* welche die Rechtsstellung der in den Gebieten der Kriegführenden wohnenden Angehörigen neutraler Staaten oder dort befindlichen Eigentums neutraler Personen, sowie die neutrale Schiffahrt ausserhalb der neutralen Gewässer betrifft. Während bei der territorialen Neutralität der Staat, sein Gebiet und seine Eigen- und Küstengewässer unmittelbar neutral sind und die auf dem neutralen Gebiet befindlichen Personen und Sachen, wer immer sie seien bezw. wem immer sie gehören, mittelbar an dieser Neutralität teilnehmen und wegen der Unverletzlichkeit des neutralen Gebiets von jeder Einwirkung

seitens der Kriegführenden befreit sind, handelt es sich bei der extraterritorialen Neutralität um ein Recht der Einzelperson, welches diese aus ihrer Zugehörigkeit zu dem neutralen Staat als Personenverband ableitet. Wie überall im Völkerrecht, so kommt auch hier dem Personalitätsprinzip neben dem Territorialitätsprinzip nur eine sekundäre Bedeutung zu. Auf dem neutralen Gebiet ist kein Raum und keine Veranlassung für besondere Rechte neutraler Personen, diese sind in der viel umfassenderen Territorialneutralität schon miteingeschlossen, nur ausserhalb des neutralen Gebiets kann von einer besondern, neutralen Personen und Waren eignenden Neutralität gesprochen werden. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Festland und dem Wassergebiet. Auf letzterem ist schon seit dem Mittelalter, d. h. seit die Seeräuberei aufgehört hat, die wichtigste Form der Schiffahrt zu sein, ein Unterschied zwischen neutralen und feindlichen Schiffen bezw. Waren gemacht worden. Lediglich das Mass der auf die Neutralen zu nehmenden Rücksichten hat gewechselt und sich allmählich vergrössert. Im wesentlichen neu dagegen war der von Deutschland ausgehende Versuch, auch auf dem festländischen Kriegsgebiet einen Unterschied zwischen neutralen und einheimischen Personen und Sachen zu machen. Eine solche Unterscheidung ist da weniger notwendig als beim Seehandel, denn das Meer ist allen Staaten gleichmässig offen, während auf dem Festland überall die ausschliessliche Herrschaftsgewalt eines Staates sich durchsetzt, entweder die Gebietshoheit der ordentlichen Staatsgewalt oder die Kriegsgewalt eine Invasors. Auch ist die nichteinheimische Bevölkerung in den Gebieten der Kriegführenden stets in einem engen Zusammenhang mit einer der Kriegsparteien, während die neutralen Schiffe, wenigstens ausserhalb des Küstenwassers der Kriegführenden, bis zum Beweis des Gegenteils in keinerlei Beziehung zu diesen stehen.

Die extraterritoriale Neutralitätist unmittelbar nur ein Ver-

hältnis des Individuums zur Staatsgewalt; der neutrale Staat ist deshalb nicht haftbar für neutralitätswidrige Handlungen seiner Angehörigen, welche diese ausserhalb seines eigenen Gebiets begehen, er ist auch nicht gezwungen, sie durch Strafandrohungen von solchen Handlungen abzuhalten. Der Neutrale im Gebiet der Kriegsführenden handelt auf eigene Gefahr, wenn er die Neutralität verletzt. Auch für ihn gilt das Prinzip der Gegenseitigkeit. Nur so lange er sich neutral verhält, muss er von den Kriegsführenden auch als neutral behandelt werden, die Staatsangehörigkeit an sich gibt ihm noch keinen Anspruch auf eine besondere Behandlung. Das Prinzip der Parität dagegen findet keine Anwendung auf die extraterritoriale Neutralität. Im Seerecht ist es schon lange anerkannt, dass der Handel, der nicht als Kontrebandezufuhr oder Blockadebruch verfolgt werden kann, gestattet ist, gleichgültig ob er in gleicher Weise in Hinsicht auf beide Parteien erfolge. Bei den im Gebiet der Kriegführenden niedergelassenen Angehörigen neutraler Staaten ist die Parität überhaupt nicht wohl möglich, weil diese Personen zu dem Aufenthaltsstaat naturgemäss in einer näheren Beziehung als zu dessen Gegner stehen und nicht wie ein neutraler Staat gleichmässig ausserhalb beider Parteien.

Von dieser extraterritorialen Neutralität ist zur Zeit noch wenig geregelt durch Verträge. In den Fragen des Seekriegs kam man, abgesehen von der wichtigen Schöpfung des internationalen Prisengerichts, in den Hauptpunkten überhaupt nicht einmal bis zu Konventionsprojekten; es verbleibt also, von einzelnen Bestimmungen abgesehen, beim bisherigen Zustande. Für den Landkrieg wurde auf Grund eines umfassenden Projekts der deutschen Delegation eine Vorlage über die Rechte und Pflichten der neutralen Staatsangehörigen im Gebiet der Kriegsführenden ausgearbeitet, aber nach einer Rückweisung seitens des Plenums an die Kommission von letzterer zum grössten Teil fallen gelassen. Immerhin sind

die wenigen beibehaltenen Artikel mit der auf einen französischen Vorschlag zurückgehenden Konvention über die territoriale Neutralität im Landkriege nebst einigen Bestimmungen des Landkriegsreglements von 1899 zu einer Konvention betr. die Rechte und Pflichten der neutralen Staaten und Personen im Landkriege verschmolzen worden, so dass das Prinzip der extraterritorialen Neutralität im Landkrieg als solches immerhin Anerkennung gefunden hat, wenn auch vorderhand nur in sehr beschränktem Umfange.

Sowohl für den Land- wie für den Seekrieg gilt die Bestimmung der Konvention über die Eröffnung der Feindseligkeiten, wonach die Kriegführenden verpflichtet sind, nicht nur dem Gegner durch eine formelle Erklärung oder ein Ultimatum ihre Absicht der Kriegseröffnung kund zu geben, sondern auch den neutralen Staaten den Beginn des Kriegszustandes zu notifizieren. Die Konvention sagt, dass für die Neutralen erst vom Moment des Empfangs dieser Mitteilung an die Neutralitätspflichten rechtswirksam werden. Das gilt jedoch nur beschränkt: der Neutrale kann sich nicht auf die Unterlassung der Notifikation berufen, wenn ein wegen Verletzung von Neutralitätspflichten sich beschwerender Kriegführender nachweisen kann, dass der Neutrale sonstwie Kenntnis von dem Kriegsausbruch gehabt. Anderseits verpflichtet die Notifikation den Neutralen nur, so rasch als möglich die nötigen Vorkehrungen zur Beobachtung der Neutralität zu ergreifen, was aber naturgemäss nicht auf allen Punkten eines ausgedehnten Staatsgebiets gleichzeitig erfolgen kann. Die Bestimmung hat also lediglich die Wirkung, dass sie die Beweislast regelt hinsichtlich der Frage, ob eine behauptete Neutralitätsverletzung dem Neutralen präsumptiv imputiert werden kann oder nicht.

III.

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt die allgemeinen Begriffe des Neutralitätsrechts erörtert worden sind, soll im folgenden noch eine *Uebersicht über die einzelnen Bestimmungen der von der II. Friedenskonferenz aufgestellten Neutralitätsgrundsätze* [1]) gegeben werden. Abgesehen von der Pariser Seerechtsdeklaration von 1856 und vereinzelten, meist unverändert in die neuen Konventionen übernommenen Bestimmungen der Beschlüsse der I. Friedenskonferenz, sowie von solchen der Genfer Konvention von 1906, ist das ganze Neutralitätsrecht, soweit es in universellen, nicht bloss partikulären Verträgen niedergelegt ist, eine Schöpfung der II. Friedenskonferenz. Von den 14 Verträgen und den in der Schlussakte ausgesprochenen Voeux (unverbindliche Postulate) beziehen sich die folgenden auf die Neutralität:

a) Allgemeine Bestimmungen.

Konvention betr. die Eröffnung der Feindseligkeiten: Notifikation des Kriegszustandes an die neutralen Staaten.

b) Besondere Bestimmungen für den Landkrieg.

Konvention betr. die Rechte und Pflichten der neutralen Staaten und Personen im Landkriege.

[1]) Bei den Kommissionalberatungen über das Landneutralitätsrecht haben die beiden schweizerischen Delegierten an der II. Friedenskonferenz, Minister *Carlin* und Oberst *Borel,* in hervorragender Weise mitgewirkt; insbesondere sei auf die zwei in den Akten der Konferenz abgedruckten vorzüglichen Kommissionalberichte verwiesen, welche Oberst *Borel,* als Berichterstatter der 2. Unterkommission der II. Kommission, über die „Droits et devoirs des Etats neutres“ und über die „personnes neutres“ verfasst hat.

Territoriale Neutralität: Kapitel I (Rechte und Pflichten der neutralen Staaten) und Kapitel II (bei den Neutralen internierte und verpflegte Angehörige der kriegführenden Armeen).

Extraterritoriale Neutralität: Kapitel III (neutrale Personen) und Kapitel IV (das neutrale Eisenbahnmaterial), ferner Art. 54 des Reglements betr. die Regeln und Gebräuche des Landkriegs (Schutz der Landungskabel von Unterseekabeln, welche neutrales Gebiet mit solchem der Kriegführenden verbinden.

Endlich zwei „Voeux", das eine den friedlichen Verkehr zwischen den Bevölkerungen der neutralen und kriegführenden Staaten, das andere den Abschluss von Staatsverträgen über die Militärpflicht der Ausländer betreffend.

c) Besondere Bestimmungen für den Seekrieg.

Territorriale Neutralität: Konvention betr. die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte im Seekrieg, ferner einzelne Bestimmungen der Konvention betr. Anpassung der Grundsätze der Genfer Konvention an die Verhältnisse des Seekrieges.

Extraterritoriale Neutralität: Konvention betr. gewisse Beschränkungen des Prisenrechts im Seekriege, Kapitel I (Postkorrespondenz), Kapitel II (Mannschaften weggenommener feindlicher Handelsschiffe). Insbesondere aber: Konvention betr. Errichtung eines internationalen Prisengerichts.

*   *
*

Die Bestimmungen über die *territoriale Neutralität im Landkrieg* bestehen im wesentlichen aus zwei Reihen von Normen: einmal solchen, welche gewisse Massnahmen, bei denen es zweifelhaft sein kann, ob sie eine Benutzung des

neutralen Gebiets zu kriegerischen Zwecken bedeuten, ausdrücklich und zwar sowohl deren Vornahme durch die Kriegsparteien, als auch deren Duldung seitens des Neutralen verbieten. Die andere Gruppe von Rechtssätzen steht im engsten Zusammenhang mit der erstgenannten und besteht in der Hauptsache in Erlaubnissen zugunsten der Neutralen, die angesichts der ausdrücklichen Verbote der ersten Gruppe nicht selbstverständlich sind.

Als allgemeines Prinzip der Neutralität ist vor allem die Unverletzlichkeit des neutralen Gebiets statuiert und damit jede Einwirkung seitens der Kriegführenden ausgeschlossen. Das Korrelat der Unverletzlichkeit, die, wie oben ausgeführt, nicht nur ein Recht des Neutralen bedeutet, sondern eine entsprechende Pflicht involviert, ist die Bestimmung, dass die gewaltsame Zurückweisung eines neutralitätswidrigen Eingriffs eines Kriegführenden durch die bewaffnete Macht der Neutralen nicht ein feindlicher Akt und somit kein casus belli ist. Das ist namentlich bei den dauernd neutralen Staaten wegen der auf ihre Neutralität und Unverletzlichkeit bezüglichen Garantieabkommen von grosser Bedeutung. Der Neutrale, der mit seinen Truppen sein Gebiet gegen jede Benutzung durch die Kriegführenden schützt, riskiert also nicht dadurch in einen Krieg verwickelt zu werden; ein solcher entsteht erst, wenn eine Kriegspartei offenbar die Neutralität nicht mehr respektieren will, oder wenn der verletzte Neutrale eine Neutralitätsverletzung mit einer Kriegserklärung beantwortet. An einem solchen Vorgehen hindert ihn die erwähnte Bestimmung natürlich nicht, auch nicht, wenn er ein sog. ewig neutraler Staat ist. Die Unverletzlichkeit des neutralen Gebiets besteht aber nicht nur darin, dass es nicht zum Kriegsschauplatz gewählt werden darf, auch die Durchfuhr von Truppen, von Munitions- und Verpflegungskolonnen ist untersagt. Dabei handelt es sich um Durchfuhren, die von den Kriegführenden direkt geleitet und

als offizielle Massnahmen erkennbar sind. Ein anderer Artikel der Konvention besagt nämlich, dass keine Neutralitätsverletzung darin liege, dass ein Neutraler die seitens Privater zugunsten einer Kriegspartei erfolgende Ausfuhr oder Durchfuhr von Waffen, Munition oder andern der Kriegführung dienenden oder ihr nützlichen Waren geschehen lässt. Auch im Seekrieg sind nach Herkommen die neutralen Staaten nicht gehalten, den Schiffen ihrer Flagge den Handel mit Kontrebande oder nach blockierten Plätzen zu verbieten. Die Konferenz ist noch einen Schritt weiter gegangen und hat den Wunsch ausgesprochen, dass die Zivil- und Militärbehörden der Kriegführenden es sich angelegen lassen sein sollen, die friedlichen, insbesondere kommerziellen Beziehungen zwischen den Bevölkerungen der kriegführenden und neutralen Staaten zu schützen. Demnach würde eine Landblockade, durch welche der Verkehr aus einem neutralen in ein okkupiertes Gebiet unterbunden würde, als prinzipiell unzulässig zu betrachten, der Binnenhandel als günstiger gestellt sein als der Seehandel. Anderseits ist es jedoch selbstverständlich, dass die Kriegführenden nicht verpflichtet sind, die Zufuhr von der Kriegführung des Gegners dienenden Waren zu dulden, so wenig wie die Zufuhr von Kontrebande durch Schiffe geduldet werden muss. Welche Repressivmittel ein Kriegführender gegen einen solchen Handel ergreifen kann, ist nicht bestimmt, jedenfalls hat er das zu seinem Schaden ins Kriegsgebiet verbrachte Eigentum nicht wie das dort normalerweise befindliche der einheimischen Bevölkerung zu respektieren bezw. nur gegen Entschädigung zu requirieren.

Eine Art von militärischen Transporten über neutrales Gebiet ist schon durch das Landkriegsreglement von 1899 gestattet worden, nämlich Transporte von Kranken und Verwundeten. Bei solchen Transporten ist die Mitnahme von Waffen, Munition usw. verboten und mitgeführte Kriegsgefangene sind vom Neutralen zu internieren.

Eine weitere, ausdrücklich untersagte Form allfälliger Beanspruchung neutralen Gebiets besteht in der Einrichtung oder Benutzung einer funkentelegraphischen oder anderweitigen, der Kommunikation mit den Streitkräften dienenden Installation. Eine Ausnahme wird nur gemacht für solche Anlagen, die ein Kriegführender schon vor dem Kriege eingerichtet und dem öffentlichen Gebrauche freigegeben hat. Dagegen ist der Neutrale nicht verpflichtet, die auf seinem Gebiet befindlichen, in seinem oder in privatem Eigentum stehenden Telegraphen, Telephone, Funkentelegraphen usw. ganz oder teilweise für die Kriegführenden zu sperren. Die Neutralität beschränkt sich hier auf Beobachtung strikter Parität bei allen eventuell angeordneten Kontrollen und Beschränkungen.

Eine dritte explicite als unzulässig erklärte Form der Benutzung neutralen Gebiets läge in der Besammlung und Aufstellung von Abteilungen von Kombattanten, die bestimmt wären, einer der Kriegsparteien zuzuziehen. Ebenso ist die Eröffnung von Werbebureaux verboten. Das erstere Verbot ist eigentlich selbstverständlich, weil einen Akt der Mobilisation betreffend, das letztere allerdings entspricht nur dem modernen Neutralitätsrecht, wie es sich erst seit den letzten 50 Jahren ausgebildet hat. Militärkapitulationen sind damit auch völkerrechtlich verpönt, sofern sie in Kriegszeiten nicht suspendiert werden. Während die Aufstellung ganzer Abteilungen absolut verboten ist, ist ausdrücklich bestimmt, dass die Neutralität eines Staates dadurch nicht berührt werde, dass einzelne Leute die Grenze überschreiten, um sich der einen Partei anzuschliessen. Auch der Uebertritt einer grossen Zahl, insbesondere solcher, die in die Heimat zu den Waffen gerufen werden, ist zulässig, so lange darin nicht eine Bildung von Verbänden unter dem Schutz des neutralen Territoriums erblickt werden kann.

Eine besondere Gruppe von Fragen des territorialen

Neutralitätsrechts bezieht sich auf die Fälle, in denen Angehörige der kriegführenden Armeen auf neutrales Gebiet gelangen. Jede Erzwingung des Uebertritts auf neutrales Gebiet würde einen flagranten Neutralitätsbruch darstellen, dagegen kann der Neutrale unter gewissen Verhältnissen und Bedingungen Angehörigen der kämpfenden Armeen sein Gebiet erschliessen. Die Durchlassung von Kranken- und Verwundeten-Transporten ist schon erwähnt worden und ist, ebenso wie die Internierung grösserer Truppenteile, bereits im Landkriegsreglement von 1899 geregelt worden. In ähnlicher Weise hat die Genfer Konvention von 1906 vorgesehen, dass die Kriegführenden untereinander vereinbaren können, Kranke und Verwundete mit Zustimmung der Neutralen auf deren Gebiet zu evakuieren, wo diese bis zum Ende der Feindseligkeiten zu internieren sind. Neu sind die Bestimmungen über die Kriegsgefangenen, soweit es sich nicht um solche handelt, die sich in Kranken- und Verwundeten-Transporten befinden. In letzterem Fall muss, wie schon oben erwähnt, der Neutrale, welcher den Durchzug gestattet, die mitgebrachten Kriegsgefangenen internieren, damit diese am Kriege nicht mehr teilnehmen können. Wenn aber eine Armee, wie es 1871 der Fall war, zu ihrer Rettung sich auf neutrales Gebiet flüchten muss, so werden die von ihr mitgebrachten Kriegsgefangenen frei. Diese verschiedene Behandlung rechtfertigt sich dadurch, dass im ersten Falle die den Transport leitende Partei im sichern Besitz der Gefangenen bis zur Betretung des neutralen Gebiets gewesen ist, während sie im letzteren nur noch eine pekäre Herrschaft über sie ausübt und diese nicht durch die Unverletzlichkeit des neutralen Territoriums wieder befestigen darf. In gleicher Weise erlangen die Freiheit Kriegsgefangene, die aus der Gefangenschaft entwichen sind und als Flüchtlinge den neutralen Boden betreten. Der Neutrale kann solche Flüchtlinge aufnehmen oder zurückweisen. Duldet er sie, so kann er ihnen

einen Aufenthaltsort anweisen und ihr Verweilen daselbst zur Bedingung der Duldung machen, sie nicht aber zwangsweise internieren. Das gilt übrigens in gleicher Weise von den freigewordenen Gefangenen einer internierten Armee. Diese Bestimmungen betreffend die Kriegsgefangenen sind für die neutralen Staaten sehr wertvoll, indem diese dadurch von einer sehr lästigen Internierungspflicht, die der Bund 1870/1 glaubte tragen zu müssen, befreit sind.

Analog den Sätzen über die territoriale Neutralität im Landkriege sind die Normen über die *territoriale Neutralität im Seekriege*. Es ist hier nicht beabsichtigt, die zahlreichen und komplizierten Vorschriften, die für die Schweiz kein Interesse haben, zu erörtern. Lediglich die wesentlichen Parallelismen und Unterschiede zwischen der Land- und Seeneutralität sollen hervorgehoben werden. Eine absolute Unverletzlichkeit, wie sie für den Landkrieg gefordert wird, ist hier nicht wohl möglich. Es ist vielmehr Sache der neutralen Staaten zu entscheiden, ob sie ihre Küstengewässer den kriegführenden Flotten völlig verschliessen wollen, soweit nicht nach Gewohnheitsrecht eine Pflicht zu vorübergehender Aufnahme in Fällen von Seenot besteht. Eine solche Abschliessung wird aber nie vermutet und kann auch keinem Staate zugemutet werden. Die Konvention setzt deshalb lediglich Minima fest für das, was der Neutrale verbieten muss und was der Kriegführende nicht tun darf. Der letztere hat — von Seenot abgesehen — keineswegs ein Recht auf irgendwelche Benutzung neutraler Häfen und Küstengewässer, sondern lediglich den Anspruch auf strikte Parität bei Aufstellung und Handhabung von Verboten und Erlaubnissen. Ebenso wie für die Landneutralität gilt auch hier der Grundsatz der Gegenseitigkeit, d. h. die absoluten Verbote sind nicht nur von den Kriegführenden, sondern ebenso von dem Neutralen selbst zu befolgen. Allerdings ist gesagt, dass dieser nur nach Massgabe der ihm zur Verfügung stehenden Mittel die zur

Verhinderung von Neutralitätsverletzungen nötige Aufsicht ausüben müsse. Ein derartiger Vorbehalt ist in der Landkonvention nicht zu finden.

Die Konvention kennt drei Kategorien von Verboten: absolute, welche sie selbst aufstellt, und die eine gleiche Pflicht zur Unterlassung für die Kriegsparteien und zur Nichtduldung für die Neutralen statuieren; zweitens präsumptive Verbote, welche gelten, soweit die Gesetzgebung des Neutralen keine anderen Normen aufgestellt hat, und drittens autonome Verbote, welche die Neutralen über die beiden erwähnten Arten von Verboten hinaus oder an Stelle der präsumptiven aufgestellt haben. Wenn die Konvention, statt wie bei der Landneutralität von Unverletzlichkeit des neutralen Gebiets, nur davon spricht, dass die Kriegführenden die Hoheitsrechte der neutralen Mächte zu achten haben, so ist damit anerkannt, dass einerseits den Neutralen ein gewisser Spielraum hinsichtlich der Abschliessung ihrer Territorialgewässer eingeräumt ist, anderseits die Kriegführenden verpflichtet sind, die Neutralität in dem vom Neutralen, sei es gemäss Vertrag, sei es autonom bestimmten Umfang zu respektieren. Alles, was der so normierten Neutralität widerspricht, muss der Kriegführende schon von sich aus zu tun unterlassen.

Zu den absoluten Verboten gehören folgende Vorschriften: einmal sind alle Feindseligkeiten in den Küstengewässern untersagt. Die blosse, vom taktischen Standpunkte aus aber unter Umständen überaus wichtige Durchfahrt stellt keine Neutralitätsverletzung dar, ja, ein Neutraler kann sogar gestatten, dass sich die Kriegführenden amtlich konzessionierter neutraler Lootsen bedienen. Diese tiefgreifende Abweichung von den analogen Regeln des Landkriegs ist nötig, einmal weil die Zulässigkeit eines beschränkten Aufenthalts der Schiffe der Kriegführenden in den neutralen Häfen anerkannt ist, und ferner, weil eine Einfahrt fremder Kriegsschiffe in die Küsten-

gewässer viel weniger leicht kontrolliert werden kann, als das Uebertreten von Truppen auf Landgebiet. Müsste ein Neutraler alle Schiffe, die seine Gewässer durchfahren, in seine Häfen aufbringen und dort abrüsten lassen, so würde ihm unter Umständen eine geradezu unerfüllbare und ebenso gefährliche wie kostspielige Pflicht aufgebürdet. Ueberdies ist zu beachten, dass die Küstengewässer nicht dem festländischen Territorium gleichgestellt werden können, vielmehr in einem loserem Verhältnis zur Staatsgewalt des Küstenstaats stehen als das Landgebiet.

Ein weiteres absolutes Verbot betrifft die Durchsuchung und Wegnahme von Schiffen und deren Ladung in den neutralen Küstengewässern sowie die Errichtung von Prisengerichten auf neutralem Gebiet oder auf Schiffen innerhalb der neutralen Gewässer. Das Prisennehmen gehört nicht zu den eigentlichen Feindseligkeiten, stellt aber doch einen Akt der Kriegsgewalt dar. Es ist klar, das die Neutralen nicht gestatten, dass das sie speziell schädigende Anhalte- und Durchsuchungsrecht in ihrem Hoheitsbereich ausgeübt werde. Wird doch eine Prise gemacht, so darf der Neutrale, solange das Schiff noch im neutralen Wasser ist, sie gewaltsam befreien, andernfalls hat er den Anspruch auf Auslieferung der Prise seitens des nehmenden Staates. In beiden Fällen steht, auch wenn es sich um nicht-neutrale Prisen handelt, dem Neutralen elektiv die Anrufung des internationalen Prisengerichts offen. Es ist dies der einzige Fall, in dem dieses Gericht berufen ist, Fragen der territorialen Neutralität zu beurteilen. Neben diesen gegen das Prisennehmen gerichteten Bestimmungen finden sich allerdings zwei, die eine Konzession an die Kriegführenden darstellen: erstens kann nämlich eine Prise wegen Seenot und ähnlichen Verhältnissen für so lange Aufnahme in einem neutralen Hafen erhalten, als die zur Zufluchtnahme zwingenden Verhältnisse bestehen, und zweitens können die Neutralen sogar gestatten,

dass Prisen in ihre Häfen verbracht und dort bis zum Urteil des Prisengerichts unter Sequester liegen. Diese Bestimmungen sollen namentlich den Zweck haben zu verhindern, dass eine Prise, weil sie nicht in einen Hafen des Nehmestaats aufgebracht werden kann, deshalb versenkt werde, wenn der Nehmende sie nicht frei lassen will.

Ein weiteres absolutes, den landkriegsrechtlichen Bestimmungen analoges Verbot betrifft den Fall, dass ein Kriegführender die neutralen Gewässer zu einem Stützpunkt für Seekriegsunternehmungen gegen seinen Gegner macht, insbesondere daselbst funkentelegraphische Stationen und andere Einrichtungen zu Nachrichtenvermittlung anlegt. Ueber die Duldung der Benutzung bestehender unterseeischer Kabelleitungen ist nichts gesagt, doch ist anzunehmen, dass dadurch die Neutralität nicht berührt wird, analog den oben erwähnten Vorschriften für die Landtelegraphen.

Dem Verbot, die Aufstellung von Truppenverbänden auf neutralem Gebiet vorzunehmen bezw. zu dulden, entspricht es, wenn für den Seekrieg untersagt wird, dass eine neutrale Macht die Ausrüstung oder Bewaffnung von zum Kreuzen oder zur Teilnahme an den Feindseligkeiten bestimmten Schiffen bezw. deren Ausfahren aus den neutralen Wassern gestatte. Diese wie übrigens auch die unmittelbar vorhergenannte Vorschrift der Konvention von 1907 ist im wesentlichen eine Wiederholung der sog. Regeln von Washington (1871), welche die materiellen, von dem Alabama-Schiedsgericht anzuwendenden Rechtssätze enthielten. A fortiori ist es für eine neutrale Macht unzulässig, direkt oder auch nur indirekt Schiffe, Munition oder sonstiges Kriegsmaterial einem Kriegführenden abzugeben, z. B. im Bau begriffene, auf ausländischen Werften liegende Kriegsschiffe vor Ablieferung an eine andere Macht zu verkaufen bezw. das Auslaufen solcher Schiffe zuzulassen. Besteht demnach in Kriegszeiten ein Verbot des Exports von kriegsmässigen Schiffen, so ist anderseits

der Neutrale so wenig wie beim Binnenhandel verpflichtet, die Aus- und Durchfuhr von Waffen, Munition usw. durch Private zu verhindern.

Wesentlich präsumtiven Charakters sind die detaillierten Bestimmungen über das Einlaufen, Verweilen, Kohlenfassen, Reparieren und Verproviantieren von Kriegsschiffen in neutralen Häfen. Diese präsumtiv geltenden Regeln haben die Tendenz, solche Beanspruchungen neutraler Häfen stark einzuschränken, aber die Vorbehalte zugunsten abweichender autonomer Regelung beeinträchtigen die Wirkung dieser Bestimmungen ganz erheblich. Immerhin bedeutet es einen nicht zu unterschätzenden Fortschritt, dass in diesen heiklen und bestrittenen Fragen nun eine bestimmte Regel, entweder die autonome oder die subsidiäre des Vertrages, gilt, und die Autonomie der neutralen Staaten in weitem Umfange vertraglich anerkannt ist.

Wie im Landkriege, so kann es auch im Seekriege vorkommen, dass Teile der Streitkräfte einer Partei auf neutrales Gebiet gelangen. Der wichtigste Fall ist der, dass Kriegsschiffe sich in neutrale Häfen flüchten. Kommen sie in grösserer Zahl, als gestattet ist (präsumtiv drei), oder wollen sie länger verweilen, als zulässig ist (präsumtiv 24 Stunden), so kann die neutrale Macht die Schiffe kriegsuntüchtig machen und die Mannschaft und deren Offiziere im wesentlichen nach den Grundsätzen behandeln, die schon 1899, in Uebereinstimmung mit der schweizerischen Praxis von 1871, für die Internierung von Landstreitkräften im Landkriegsreglement festgesetzt worden sind. Wenn sich Angehörige der Marinen der Kriegführenden auf neutrales Gebiet flüchten, so ist dies ein Tatbestand, der nicht mehr nach den Regeln des Seerechts, sondern denjenigen des Landkriegsrechts zu beurteilen sind, wie wohl die Konventionen darüber nichts sagen.

Ein anderer Fall ist derjenige, dass Lazarettschiffe Schiffbrüchige, Kranke und Verwundete auf neutralem Gebiet landen,

Wie zu Lande, so ist auch bei Abgabe solcher Personen seitens von Schiffen die Zustimmung der neutralen Behörden erforderlich. Die auf solche Weise auf neutrales Gebiet Evakuierten sind, entgegenstehende Abmachung der beiden Kriegführenden mit dem Neutralen vorbehalten, bis zum Schlusse des Krieges auf neutralem Gebiet zurückzuhalten. Dasselbe gilt von denjenigen Schiffbrüchigen, Verwundeten und Kranken, die an Bord eines neutralen Kriegschiffes aufgenommen worden sind. Diese Bestimmungen entspringen den gleichen Rücksichten wie die analogen Vorschriften der Genfer Konvention und die auf die Verwundeten-Transporte bezügliche Satzung der Konvention betreffend die Neutralität im Landkrieg. Einerseits liegt es im Interesse der Kranken und Verwundeten, dass deren Evakuierung über oder auf neutrales Gebiet erfolgen darf, sei es zum Zweck der Verbringung an zur Verpflegung geeignetere Plätze, sei es um in den Lazarettschiffen und Lazaretten der Operationszone Raum für neue Aufnahmen zu schaffen; anderseits müssen Vorkehrungen getroffen werden, dass nicht aus diesen humanitären Rücksichten wichtige Interessen der Kriegführung verletzt werden, denn die Kriegführenden werden nur dann die Benutzung neutralen Gebiets für die Zwecke der Krankenfürsorge zugestehen wollen, wenn die in dieser Weise auf neutrales Gebiet verbrachten und ihnen deshalb unerreichbaren oder durch den Uebertritt aus der Kriegsgefangenschaft befreiten Personen nicht nachträglich wieder an den Operationen teilnehmen können.

* * *

Was nun die *extraterritoriale Neutralität* betrifft, so enthielt das von der I. Friedenskonferenz 1899 aufgestellte Reglement für den *Landkrieg* eine Bestimmung, welche sich auf die extraterritoriale Neutralität bezog. Es sollte darnach

das aus neutralen Staaten stammende Eisenbahnmaterial, sowohl staatliches wie privates, sobald wie möglich in das Ursprungsland zurückgesandt werden. Diese Bestimmung ist im wesentlichen von der zweiten Konferenz beibehalten, aber erweitert worden und bildet den einzigen Artikel des IV. Kapitels der Konvention betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Staaten und Personen im Landkriege (1907). Die Bestimmung lautet jetzt dahin, dass das als neutral erkennbare Eisenbahnmaterial, das sich auf den Gebieten der Kriegführenden befindet, von letztern nur im Falle einer gebieterischen Notwendigkeit zur Benützung requiriert werden darf und sobald als möglich zurückgeschickt werden muss. Neu ist, dass den dadurch ihres Bahnmaterials vorübergehend beraubten Neutralen ein entsprechendes Notgebrauchs- und Detentionsrecht an dem bei ihnen sich findenden Rollmaterial der Kriegführenden zusteht, und zwar im gleichen Umfang wie neutrales Material bei den Kriegführenden zurückgehalten bleibt. Die Benutzung verpflichtet beiderseitig zur Entschädigung.

Eine solche Sonderstellung neutralen Eigentums, insbesondere aber neutraler Personen in den Gebieten der Kriegführenden suchte der schon erwähnte Antrag der deutschen Delegation allgemein zu machen. Auf diese Weise wäre neben die für die ganze Bevölkerung des Kriegsgebiets als massgebend gedachten Vorschriften des Landkriegsreglements von 1899 ein besonderes System von Sonderrechtssätzen für die neutralen Personen und Sachen getreten, so dass die bisherigen Normen in der Hauptsache nur noch auf die Einheimischen anwendbar geblieben wären. Wie schon bemerkt, ist dieses Projekt im wesentlichen fallen gelassen worden, so dass jetzt, wie schon bisher, die Normen des Landkriegsreglements im allgemeinen in gleicher Weise für einheimische und neutrale Einwohner der Gebiete der Kriegführenden gelten.

Der deutsche Antrag und der auf dessen Grundlage ausgearbeitete Kommissionsentwurf stellten zunächst fest, wer als neutrale Person zu betrachten sei. Neutral ist an sich jeder Angehörige eines neutralen Staates. Er verliert aber diesen Charakter, wenn er feindselige Handlungen gegen einen der Kriegführenden begeht oder einen solchen begünstigt. Während die Entwürfe und mit ihnen übereinstimmend die jetzige Konvention den Begriff der feindseligen Handlung nicht näher bestimmen, umschreiben sie denjenigen der Begünstigung wenigstens negativ, indem als nicht neutralitätswidrig erklärt sind von Neutralen geleistete Dienste polizeilicher Art und Dienste in der Zivilverwaltung, sowie Lieferungen und Gewährung von Darleihen seitens Neutraler an die Kriegführenden. Die beiden letzteren Tatbestände involvieren jedoch eine Neutralitätsverletzung, wenn der Lieferant oder Darleiher an die Gegenpartei desjenigen Staates liefert, in dessen Gebiet oder Okkupationszone er sich befindet. Ebenso sind neutralitätswidrig Lieferungen aus dem eigenen oder okkupierten Gebiet einer Macht an deren Gegner, auch wenn der Lieferant daselbst nicht wohnt. Der deutsche Antrag wollte die neutrale Stellung der neutralen Personen dadurch sichern, dass den Kriegführenden verboten werden sollte, neutrale Personen zu Kriegsdiensten (im weitesten Sinne) zu zwingen, auch für den Fall, dass die Neutralen vor dem Kriege freiwillig in den Dienst eines der Kriegführenden eingetreten wären. Aber auch andere, nur mittelbar auf den Krieg bezügliche Dienste sollten von der neutralen Bevölkerung seitens der Kriegführenden nicht gefordert werden dürfen mit Ausnahme von Sanitäts- und sanitätspolizeilichen Dienstleistungen. Eine weitere Garantie für die Aufrechterhaltung der neutralen Eigenschaft sollte dadurch geschaffen werden, dass die neutralen Staaten ihren gesamten Angehörigen, auch den im Ausland weilenden, den Eintritt in den Dienst der Kriegführenden bei Strafe verbieten

sollten. Letztere Bestimmung ist sofort auf grossen Widerstand gestossen, dagegen hat das Kommissionsprojekt den Kriegführenden immerhin erhebliche Schranken auferlegt hinsichtlich der Dienste, die sie von den neutralen Personen sollten fordern dürfen. Die auf diese Frage bezüglichen Artikel sind aber schliesslich sämtlich fallen gelassen worden. Das gleiche Schicksal — jedoch schon vor Schluss der Kommissionalberatung — wurde den Vorschriften zuteil, welche sich auf das Eigentum neutraler Personen im Gebiet der Kriegführenden bezogen. Danach sollte, vorbehaltlich des Gegenrechts, den Neutralen für Beschlagnahme oder Wegnahme ihres Eigentums die gleiche Entschädigung gewährt werden, die der Kriegführende den eigenen Staatsangehörigen in den gleichen Verhältnissen gewähren würde. Weitere Bestimmungen sicherten die volle Entschädigung für Gebrauch oder Expropriierung von Immobilien und Mobilien durch den Kriegführenden, in dessen Gebiet sich die betreffenden Objekte befinden. Im Feindesland wäre bei Beanspruchung von Immobilien neutraler Eigentümer Entschädigung nur bei Zusicherung des Gegenrechts durch den neutralen Staat zu gewähren gewesen; hinsichtlich der Mobilien wurden die allgemeinen Normen des Landkriegsreglements über Requisition als auch für die Neutralen geltend angenommen. Ausser der schon erwähnten Bestimmung über das Eisenbahnmaterial war eine ähnliche Norm für Requisition von Fahrzeugen der Binnenschiffahrt aufgestellt worden.

Von diesem ganzen Vertragsprojekt ist, abgesehen von der Definition der neutralen Person und dem auf das Bahnmaterial bezüglichen Artikel, nichts übrig geblieben.[1]) Die

[1]) Mit den Beratungen in den Konventionen über Neuralitätsrecht ist nicht in Verbindung gebracht worden die 1907 neu in das Landkriegsreglement aufgenommene Bestimmung, wonach Landungskabel von Kabeln, die den Kriegschauptatz oder eine Okkupationszone mit neutralem Ge-

Opposition gegen die Sonderstellung der neutralen Personen machte in der Hauptsache folgende Momente geltend: einmal besteht in einer ganzen Reihe von europäischen und aussereuropäischen Ländern eine Gesetzgebung, welche die niedergelassenen Ausländer zum Militärdienst verpflichtet; sodann bilden in den Staaten der neuen Welt die nichtnaturalisierten Einwohner eine so grosse Quote der Bevölkerung, dass auf deren Mitwirkung zur Verteidigung des Landes nicht verzichtet werden kann; auch wünschen diese Leute grossenteils gar keine solche Befreiung. Da eine Verständigung nicht erzielt werden konnte, beschränkte sich die Konferenz darauf, in einem „Voeu" die Mächte einzuladen, durch partikuläre Verträge die Dienstpflicht von im Ausland niedergelassenen Staatsangehörigen zu regeln. Ferner wurde auch auf die Schwierigkeiten einer differentiellen Behandlung des Eigentums verschiedener Bevölkerungsklassen hingewiesen und betont, dass es gar nicht gerechtfertigt sei, die ausländische Bevölkerung, die um ihres Vorteils willen sich ausserhalb ihres angestammten Vaterlandes niedergelassen habe, von den Risiken der Adoptivheimat zu befreien. Die schliesslich übrig gebliebene und allein dastehende Definition der neutralen Personen, der im ganzen System des extraterritorialen Neutralitätsrechts eine wesentlich formelle Bedeutung zukommen sollte, entbehrt aber gleichwohl nicht eines materiellen Inhalts und ist keineswegs gegenstandslos, indem nämlich bestimmt ist, dass ein Angehöriger eines neutralen Staats, der durch feindselige Handlungen gegen eine Partei oder durch Begünstigung einer solchen seiner neutralen Eigenschaft verlustig geht, deshalb von den Kriegführenden nicht strenger behandelt werden kann, als ein

---

biet verbinden, nur im äussersten Notfall zerstört oder beschlagnahmt werden dürfen (vorbehaltlich der Rückgabe und Entschädigung beim Friedensschluss).

Angehöriger des feindlichen Staats unter gleichen Umständen behandelt würde. Die Verletzung der Neutralitätspflichten durch Angehörige neutraler Staaten im Gebiet der Kriegführenden kann von letzteren nicht wie bisher zu einem besondern Deliktstatbestand[2]) gemacht werden. Solche Personen waren bisher tatsächlich rechtlos. Der Definition kommt weiter die Bedeutung zu, dass sie indirekt die Zulässigkeit der Auflegung von Kriegsanleihen in neutralen Staaten anerkennt und überdies durch ihr blosses Vorhandensein in der Konvention gewissermassen ein Postulat für Ausbildung der extraterritorialen Neutralität darstellt.

Hinsichtlich der *extraterritorialen Neutralität im Seekriege* enthalten die Konventionen der II. Friedenskonferenz nur wenige Bestimmungen materiellen Inhalts. Einmal sind, wie in der Genfer Konvention für den Landkrieg, so auch für den Seekrieg neutrale Ambulanzen, d. h. neutrale Lazarettschiffe unter gewissen schützenden Vorbehalten zugelassen und von der Wegnahme befreit; ebenso können andere neutrale Fahrzeuge, die auf Aufforderung eines Kriegführenden Kranke und Verwundete aufnehmen, wegen dieses Umstandes nicht als Prise erklärt werden. Zum Schutz der neutralen Mannschaften und Offiziere, die sich auf weggenommenen feindlichen Kauffahrteischiffen befinden, ist bestimmt worden, dass sie nicht kriegsgefangen gemacht werden dürfen, sondern frei zu lassen sind; Kapitän und Offiziere allerdings nur, wenn sie schriftlich das formelle Versprechen abgeben, nicht mehr auf einem feindlichen Schiffe während des Krieges zu dienen. Ihre Namen werden dem Kriegsgegner notifiziert, der sie, auch wenn sie sich ihm anbieten, nicht weiter auf auf seinen Schiffen zulassen darf. Diese Vergünstigungen

[2]) Dagegen sind die neutralen Staaten verpflichtet, zur Aufrechterhaltung ihrer territorialen Neutralität Strafbestimmungen aufzustellen für neutralitätswidrige Handlungen, die auf ihrem Gebiet von Einheimischen oder Fremden begangen werden könnten.

hören indessen auf, sobald die neutralen Personen an den Feindseligkeiten teilnehmen. Die auf die Unverletzlichkeit der Postkorrespondenz (nicht Paketpost) bezüglichen Vorschriften haben, obgleich sie sich sowohl auf die neutrale wie die feindliche Post und auf feindliche und neutrale Postschiffe beziehen, insofern einen besonderen neutralitätsrechtlichen Inhalt, als bestimmt ist, dass zwar die neutralen Postschiffe des Posttransportes wegen nicht vom Prisenrecht ausgenommen seien, aber ihre allfällige Durchsuchung mit der grössten Schonung und Schnelligkeit zu erfolgen habe. Im Falle der Wegnahme eines neutralen oder feindlichen, Post führenden Schiffes ist die Postkorrespondenz so rasch als möglich an den Bestimmungsort weiterzuspedieren.

Von ganz ausserordentlicher Bedeutung aber für die extraterritoriale Neutralität im Seekrieg sind die formellrechtlichen, den Schutz der Rechte der neutralen Staaten und Personen betreffenden Satzungen über das internationale Prisengericht. Schon heute ist es allgemeines Recht, dass eine Prise, d. h. von einem Kriegsschiff oder Kaper eines Kriegführenden weggenommenes, feindliches Privateigentum oder neutrales, fiskales oder privates Eigentum an Schiffen oder auf solchen verfrachteter Waren durch ein Prisengericht des Nehmestaates zu adjudizieren ist. Unmittelbar erbeutet werden nur die Schiffe und Waren, die einem kriegführenden Staat als solchem gehören. Schon lange hat man erkannt, dass die nationale Prisenjurisdiktion, obwohl zum Teil hervorragend — man denke an das englische Ober-Admiralitätsgericht — keine genügenden Garantien für die Eigentümer der weggenommenen Schiffe und Waren gewähre, denn es ist nur zu natürlich, dass diese Gerichte die oft sehr vagen Völkerrechtssätze unter dem Gesichtspunkt ihrer nationalen Interessen auslegen und die von den Offizieren der einheimischen Kriegsmarine getroffenen Verfügungen nicht leicht reprobieren. Auch bot das bisherige Gewohnheitsrecht den

neutralen Interessenten keinen Schutz gegen die Schädigungen eines langwierigen und kostspieligen Verfahrens. Wenn man berücksichtigt, wie zurückhaltend viele Staaten sich den internationalen Schiedsgerichten gegenüber verhalten und mit welchen Klauseln die Schiedsgerichtsverträge umgeben zu werden pflegen, so war es im höchsten Grade überraschend, dass zu Anfang der Konferenz zwei grosse Seemächte von verschiedenen Interessen, Grossbritannien und Deutschland, die Einsetzung eines internationalen Prisengerichts vorschlugen. Beide Anträge hatten, trotz tiefgehender Unterschiede, das Wesentliche gemein, dass diesem internationalen Gerichte in weitem Umfange eine bedingungslose Jurisdiktion eingeräumt werden sollte, in denen in der Tat sehr wichtige Interessen der beteiligten Staaten im Spiele sind: Angelegenheiten von so weittragender Bedeutung und so heikler Art, wie sie sonst nirgends bedingungsloser internationaler Gerichtsbarkeit unterworfen werden. Die Hauptunterschiede zwischen dem englischen und dem deutschen Vorschlage bestanden darin, dass ersterer ein ständiges, nur von den grösseren Seemächten gebildetes Gericht mit Kompetenz ausschliesslich für Streitigkeiten der neutralen Staaten mit den Kriegführenden vorsah, während letzterer für jeden Kriegsfall ein besonderes Gericht ad hoc, im wesentlichen nach den Prinzipien der Schiedsgerichte, bilden und vor diesem Gericht auch neutrale Private, ja sogar feindliche zulassen wollte. Durch Vermittlung Frankreichs kam dann ein gemeinschaftliches Kompromisprojekt zustande, dem sich auch die Vereinigten Staaten anschlossen.

Die so zustande gekommene Konvention betreffend die Errichtung eines internationalen Prisengerichts gilt nicht nur für die Neutralen, wiewohl sie für diese am wichtigsten und am allgemeinsten anwendbar ist. Es können nämlich auch Angehörige einer Kriegspartei gegen den andern Kriegführenden das Gericht anrufen, wenn die Wegnahme feindlichen Gutes im Widerspruch zu Staatsverträgen oder zum

promulgierten Landesrecht des Nehmestaats erfolgt ist. Das internationale Prisengericht ist in der Hauptsache Appellationsinstanz und als solche befugt, die vor sein Forum gebrachten Fälle sowohl in rechtlicher wie in tatsächlicher Beziehung und zwar von Amts wegen zu prüfen. Ausnahmsweise ist es erste und letzte Instanz, wenn die nationalen Prisengerichte, deren Jurisdiktion in nicht mehr als zwei Instanzen ausgeübt werden darf, binnen zwei Jahren kein definitives Urteil gefällt haben. Soweit die Neutralen in Betracht kommen, ist die Kompetenz des Prisengerichts überall da gegeben, wo ein nationales Prisengericht über das Eigentum eines neutralen Staates oder des Angehörigen eines solchen entschieden hat, und ferner dann, wenn ein feindliches Schiff in neutralen Gewässern weggenommen worden ist und der verletzte neutrale Staat den Fall nicht zum Gegenstand einer diplomatischen Reklamation macht. Klageberechtigt ist stets der neutrale Staat und zwar ausschliesslich er, wenn es sich um Wegnahme einer feindlichen Prise in neutralen Gewässern handelt. Aber auch der neutrale Private, dessen Eigentum weggenommen worden, oder der einen durch nachträglich nicht sanktionierte Wegnahme erlittenen Schaden reklamiert, kann von den nationalen Prisengerichten an das internationale Gericht appellieren, immerhin unter der Bedingung, dass die neutrale Macht, welcher der Betreffende angehört, nicht selbst als Kläger auftreten will oder dem Privaten die Appellation verbietet. Der letztgenannte Vorbehalt ist deshalb begründet, weil der Private in internationalen Verhältnissen nur abgeleitete Rechte hat, und unter Umständen politische Rücksichten auf die eigenen Seeinteressen oder auf die Kriegführenden das Verbot der Appellation notwendig erscheinen lassen. Nach bisher geltendem Recht ist der vor den nationalen Prisengerichten unterliegende Neutrale ausschliesslich auf den Weg der diplomatischen Reklamation seines Heimatsstaates verwiesen. Eine solche Reklamation vorzubringen ist

die neutrale Regierung nicht gegenüber jeder Macht geneigt, abgesehen davon, dass sie in der Regel Schritte nur tun wird, wenn sie von der Begründetheit der Beschwerde ihres Angehörigen überzeugt ist; aussergerichtlich kann sie aber nicht wohl sich ein selbständiges Urteil verschaffen. Die Reklamation des geschädigten Privaten wird deshalb häufig gar nicht von ihr berücksichtigt und, wenn sie auch auf dem diplomatischen Weg weitergeleitet wird, von dem Nehmestaat nur in Ausnahmefällen akzeptiert werden. Das nunmehr gewährte selbständige, den neutralen Staat aus dem Spiele lassende und von diesem nur selten mit Veto belegte Klagerecht der Privaten ist deshalb von unschätzbarem Wert sowohl für diese als auch für die guten Beziehungen zwischen Neutralen und Kriegführenden. Aber nicht nur der Eigentümer der Prise ist klageberechtigt, sondern, sofern sie schon vor dem nationalen Prisengericht im Prozess interveniert sind, können an die internationale Instanz auch diejenigen appellieren, welche abgeleitete Rechte an der Prise haben, wie Pfandgläubiger, Versicherer usw. Die Rechte dieser Interessenten können nicht durch ein Klageverbot eines diesen Personen fremden Staates ausgeschlossen werden, dem der Eigentümer der weggenommenen Sache angehört. Ueberdies kann von mehreren Interessenten jeder für seine Quote klagen.

Das internationale Gericht kann entweder die Adjudikation des nationalen Gerichtes gutheissen oder sie, eventuell unter Zuerkennung von Schadenersatz, aufheben oder, wenn schon die nationale Instanz die Prise freigegeben, Entschädigung zuerkennen. Eine reformatio in pejus ist ausgeschlossen.

Der Prozess ist stets ein Reklamationsprozess seitens der Neutralen; der Staat, der die Prise weggenommen, befindet sich immer in der Rolle des Beklagten. Der Prozess wird auch durchgeführt, nicht im Kontumazialverfahren, sondern im regulären Verfahren auf Grund des dem Gerichte vorliegenden oder von ihm erhobenen Beweismaterials, auch

wenn eine Partei nicht vertreten ist, und zwar auch, wenn der belangte Staat sich nicht vertreten lässt. Dieser bleibt nichtsdestoweniger zu loyaler, sofortiger Vollstreckung des Urteils verpflichtet.

Das von dem internationalen Gericht angewendete materielle Recht ist in erster Linie das Vertragsrecht, welches zwischen dem beklagten Kriegführenden und dem neutralen Staat, der selbst oder dessen Angehöriger klagt, gilt. Mangels vertraglicher Normen sind das Völkergewohnheitsrecht, nötigenfalls die allgemeinen Grundsätze des Rechts anwendbar, eine Bestimmung von so unübersehbarer Tragweite angesichts der Unsicherheit des Seerechts, dass die Ratifikation der Prisengerichtskonvention, namentlich durch England, jedenfalls nur um den Preis einer Kontrebande- und Blockadekonvention erkauft werden kann.

Die Organisation des Gerichts ist beherrscht durch den Gedanken ein Tribunal zu schaffen, das von der Situation im einzelnen Kriege völlig unabhängig sein soll. Das Gericht ist ständig, insofern als die Richter auf eine sechsjährige Amtsdauer, je einer von jedem Staate, ernannt werden. Da aber das Gericht, um funktionsfähig sein zu können, nicht alle 44 vorgesehenen Richter gleichzeitig umfassen kann, sondern mit höchstens 15 Richtern besetzt ist, wurde nach langwierigen Debatten bestimmt, dass die Richter der acht Grossmächte stets im Gericht sitzen, die andern Staaten aber nur während Bruchteilen der Periode durch ihre Richter oder Ersatzmänner vertreten sein sollten. Diese Lösung verstimmte vielfach, da die meisten sich zurückgesetzt fühlten und den Grundsatz der Gleichheit aller Staaten anriefen. Aber angesichts der ungeheuren Vorteile dieser Institution und in Erwägung, dass die Jurisdiktion dieses Gerichts eine ganz gewaltige Einschränkung der Aktionsfähigkeit der grossen Kriegsmarinen bedeutet, ist die Vorlage doch mit sehr starkem Mehr angenommen worden, während das Projekt betreffend

ein ständiges Völkertribunal für andere internationale Streitigkeiten namentlich daran gescheitert ist, dass keine Formel gefunden werden konnte, welche das Prinzip der Gleichheit der Staaten und die Notwendigkeit einer mässigen Richterzahl in Uebereinstimmung zu bringen vermochte. Während die Kriegführenden stets bei den sie betreffenden Prozessen im Richterkollegium zu sitzen berechtigt sind, auch wenn ihre Richter sonst nicht an der Reihe wären, haben die Neutralen einen derartigen Anspruch nicht, können sich aber, wie auch die Kriegführenden, beim Gericht durch einen höhern Marineoffizier als Sachverständigen vertreten lassen.

Das Verfahren, eng an dasjenige angelehnt, welches die Konvention zur friedlichen Regelung internationaler Streitigkeiten für die Schiedsgerichte aufgestellt hat, ist den allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozesses angepasst und durch das System des Offizialbetriebs beherrscht. Für das Neutralitätsrecht haben diese Bestimmungen keine spezielle Bedeutung.

* * *

Damit wären die wesentlichen Regeln des modernen, auf den Staatsverträgen von 1907 beruhenden universellen oder nahezu universellen Neutralitätsrechts erschöpft. Noch harrt die extraterritoriale Neutralität des Landkriegs ihrer Ausgestaltung und im Seerecht warten noch Jahrhunderte alte Streitfragen der Regelung. Und schon tauchen neue völkerrechtliche Probleme, hervorgerufen durch die Fortschritte der Luftschiffahrt, auf, die für das Neutralitätsrecht von grösster Bedeutung sind. Die Grundfrage ist dabei die, ob das Luftmeer von dem Territorialprinzip des festen Landes oder von dem Grundsatz der Freiheit der hohen See beherrscht werden soll. Es lässt sich nicht behaupten, dass das eine oder das andere der beiden Systeme heute schon positiven Rechtes ist; das Problem ist ungelöst und seine

Lösung ist von einschneidendster Bedeutung gerade für einen Binnenstaat wie die Schweiz. Denn wird der Luftraum, in Analogie zum Meer, frei erklärt und der Territorialherrschaft nur ein Saum in der Nähe der Erdoberfläche vorbehalten, so hört der Begriff des Binnenstaates, im absoluten Sinne, überhaupt auf. Im Kriege würde die Freiheit der Luft wesentliche Vorteile für die neutralen Staaten bringen, denn in der Luft ist die Aufrechterhaltung einer strikten Territorialneutralität noch schwieriger als auf dem Meere. Allerdings erheben sich in Kriegszeiten bei der Schiffahrt im freien Luftmeer die gleichen Fragen wie im Seerecht, insbesondere diejenige der Kontrebande, aber die dadurch dem neutralen Verkehr entstehenden Hindernisse treten neben den Vorteilen der Freiheit völlig zurück. Welche Lösung aber schliesslich die Probleme des Luftrechts finden werden, so werden durch die Fortschritte der Luftschiffahrt die Normen des Neutralitätsrechts noch mannigfachere Anwendung finden und noch grössere Bedeutung erlangen, und es ist sehr wohl möglich, dass die Erschliessung des Luftreichs, durch ihre ausgleichende Wirkung auf die Interessen, die Verkehrsmittel und Streitkräfte der Staaten, die Schaffung eines universellen extraterritorialen Verkehrsrechts für die Neutralen herbeiführen wird.

Die Zechprellerei.

Von Prof. Dr. **Ernst Hafter.**

Jeder gesteigerte Verkehr bringt der Kriminalität vermehrte Nahrung. Bei dem entwickelten Gastgebergewerbe der heutigen Zeit ist es daher nicht zu verwundern, dass Zechprellerei und Hotelschwindel grössere Bedeutung gewinnen, als je zuvor, und dass infolgedessen die nächst interessierten Kreise vom Gesetzgeber einen tüchtigen Schutz gegen diese Betrügereien verlangen.

In einer Eingabe an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, vom 4. Mai 1907, hat der schweizerische Hôtelier-Verein um Berücksichtigung seiner Wünsche bei der Gestaltung des künftigen eidgenössischen Strafgesetzbuches nachgesucht. Die Eingabe meint, die Zechprellerei — die in einem sehr weiten Sinne gefasst wird — sei im Gesetz als qualifizierter Betrugsfall hervorzuheben, event. solle der Betrugsbegriff nach dem Muster des § 201 lit. d des österreichischen StrGB.[1]) gefasst werden, damit die Zechprellerei sichere Ahndung finde, oder endlich, es solle zum mindesten in der Botschaft zum StrGB. ausdrücklich erklärt werden, Zechprellerei sei Betrug.[2])

Mit der juristischen Formulierung dieser Anregungen ist kaum etwas anzufangen, aber die Anregungen selbst machen eine erneute Prüfung, ob und wie das StrGB. gegen

[1]) „Es macht sich eines Verbrechens schuldig:

— — — — — — — — — — — — — — — — —

d) Wer sich einen falschen Namen, Stand oder Charakter beilegt, sich für den Eigentümer fremden Vermögens ausgibt, *oder sonst sich hinter einem falschen Scheine verbirgt,* um sich unrechtmässigen Gewinn zuzueignen, jemandem an Vermögen oder Rechten Schaden zu tun — —."

[2]) Vergl. *Hafter,* Bibliographie und Materialien z. StrGEntw. Separatausgabe 27, 111 und 201.

den Zechpreller einschreiten soll, zur Pflicht. Sicher besteht auch ausser dem Schutzbedürfnis der beteiligten Gewerbekreise gerade hier eine Unzufriedenheit weiter Kreise mit der Rechtspflege, weil oft der Zechpreller, der vielfach als Betrüger nicht zu fassen ist, frei ausgeht — allerdings auch weil hier besonders oft der Geschädigte vom Strafrichter erlangen möchte, was ihm nur der Zivilrichter geben kann.[3])

* * *

Die Zechprellerei ist eine neuere Figur in den Strafgesetzbüchern. Zuerst ist der Tatbestand durch ein *französisches* Gesetz vom 26. Juli 1873 als Abs. 4 des Art. 401 in den Code pénal eingefügt und zwar den Diebstahlsbestimmungen angehängt worden. Dass Frankreich schon seit ziemlich langer Zeit einen Sondertatbestand der Zechprellerei (filouterie d'aliments) aufgestellt hat, hängt, wie später noch näher erwiesen werden soll, mit der engen Fassung des französischen Betrugsbegriffes zusammen. Wohl von Frankreich beeinflusst haben *Neuchâtel* und *Luxemburg* den Sondertatbestand der Zechprellerei übernommen: Neuchâtel im StrGB. von 1891 unter den Uebertretungen (Art. 443 Ziff. 14), Luxemburg durch ein Spezialgesetz vom 14. Dezember 1894, das die Zechprellerei in Art. 491 StrGB. beim Vertrauensmisbrauch (abus de confiance) einschob. — Selbständig fand *Glarus* bei seiner Strafrechtsrevision von 1899 eine besondere Zechprellerbestimmung (StrGB. Art. 142), und seitdem ist endlich in *Norwegen* (StrGB. von 1902, § 402) ein bezüglicher Uebertretungs-Tatbestand Gesetz geworden.[4]) Ausser in gel-

[3]) Vergl. jetzt schon die anfechtbare Bestimmung *Glarus* StrGB. Art. 142: „... wer sich solchen Verbindlichkeiten (für Kost und Logis) durch die Flucht entzieht, soll mit Gefängnis oder Geldbusse bestraft werden." Dazu *Kubli,* Kommentar zum Glarner StGB. 134.

[4]) Zwei nordamerikanische Bestimmungen (New-York Penal Code 382 und California Penal Code 537), die *Hegler,* Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechtes, Bes. Teil 7 514, Anmerkung 5 auch nur erwähnt, waren mir nicht zugänglich.

tenden Rechten finden sich Bestimmungen über die Zechprellerei in den *schweizerischen* Entwürfen (1896 Art. 225, 1903 Art. 240 bei den Uebertretungen), in den *österreichischen* Entwürfen (z. B. Entwurf 1891 § 512, ebenfalls bei den Uebertretungen) und in einem *argentinischen* StrGEntw. von 1906 (Art. 190).

Neben der nicht sehr ergibigen Literatur[5]) über die Zechprellerei tritt dieses Gesetzesmaterial deswegen stark in den Vordergrund, weil es sich bei einem durch die Gesetzgebung noch sehr uneinheitlich geformten Tatbestand vor allem darum handelt, die vom Gesetzgeber bisher versuchten Fassungen auf ihre Tauglichkeit zu prüfen. Von der Formulierung des Zechpreller-Tatbestandes hängt schliesslich seine Wirksamkeit ab.

---

[5]) Ausser gelegentlichen Aeusserungen in den Strafrechtslehrbüchern und der Betrugsliteratur: *Kronacher,* Ist die Zechprellerei Betrug? Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von v. Lilienthal, Heft 68. Breslau 1906. Vgl. auch *Couchard,* Des délits commis au détriment des hôteliers etc. Thèse, Paris 1874.

I.

Für mich steht im Vordergrund die Lösung der gesetzgeberischen Frage, ob in einem künftigen Strafgesetzbuch und gegebenen Falles wo und wie die Zechprellerei Aufnahme finden soll. Die juristische Erfassung eines solchen neuen, erst zu formulierenden Deliktstatbestandes begegnet naturgemäss zahlreichen Schwierigkeiten, vor allem erscheint es oft schwierig, sich über die einzelnen Handlungen Klarheit zu verschaffen, die man von der neuen Deliksformel umfasst haben will. Wie spielt sich der Vorgang ab, den jedermann als Zechprellerei zu bezeichnen pflegt?

Die Szene wird damit beginnen, dass einer in einem Wirtshaus Speisen oder Getränke bestellt, sich als Gast benimmt, also im Wirt oder seinen Angestellten die Vorstellung erweckt, er beabsichtige den Abschluss eines im Wirtshausgewerbe üblichen Zug-um-Zug-Geschäftes.[6]) Aber dieser Gast beabsichtigt, sich auf Kosten des Wirtes gütlich zu tun, und zwar kann er das auf verschiedene Weise:

er hat keinen Heller Geld in der Tasche und kennt von Anbeginn an seine Zahlungsunfähigkeit, trotzdem bestellt er und verschweigt natürlich seinen Finanzstand;[7])

er bemerkt seine Mittellosigkeit erst nach der Bestellung, schweigt aber und fasst den Entschluss, sich der Zahlung zu entziehen;

er ist zahlungsfähig, will aber trotz seiner Solvenz

---

[6]) Vergl. *Binding,* Lehrbuch. Besonderer Teil 1 (2. Aufl.) 361.

[7]) Dieser und die drei folgenden Fälle im wesentlichen dargestellt nach *Kronacher* a. a. O. 12/13, vergl. auch 45 f.

nicht zahlen und hatte diese Absicht schon beim Bestellen der Speisen und Getränke;

er hat diesen Entschluss, trotz seiner Solvenz nicht zu zahlen, erst nach der Bestellung gefasst.

In allen diesen Fällen wird zumeist die deutliche Realisierung des Entschlusses, sich der Zahlung zu entziehen, dazukommen: der Gast wird in einem günstigen Moment das gastliche Haus unbemerkt verlassen. Wer nach Verzehrung seiner Mahlzeit sitzen bleibt und jetzt erst seine Mittellosigkeit eingesteht, ist kein Zechpreller. Auch der gewöhnliche Sprachgebrauch wird ihn nicht als solchen bezeichnen, weil mit der Prellerei das Sich-der-Zahlung-Entziehen notwendig verbunden sein muss. Zudem nimmt sich hier das Privatrecht des Geschädigten an, indem ältere Rechte dem Gast- und Schenkwirte das Recht der Selbstpfändung zugestehen,[8]) neuere Gesetzbücher allgemein Selbsthilfe erlauben, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zur Stelle ist und eine Vereitelung des Anspruches sonst zu befürchten ist.[9]) Genügt aber eine solche privatrechtliche Reaktion, so kann man die schärfere strafrechtliche Waffe ruhen lassen.

Wenn dergestalt dieser letztere Fall für unsere strafrechtliche Betrachtung wegfällt, so entstehen bei einem andern Zweifel: ein momentan zahlungsunfähiger Gast lässt sich Speisen und Getränke vorsetzen und entfernt sich nach eingenommener Mahlzeit heimlich; er hat nicht die Absicht, sich seinen Verpflichtungen überhaupt zu entziehen, er will zahlen, wenn er wieder zu Geld kommt. — In einem solchen Fall werden natürlich sofort schwierige Beweisfragen (über die Absicht des Täters!) sich erheben und man wird immer wieder beobachten können, dass der ertappte Zechpreller

---

[8]) Z. B. Zürich PrGB. § 401.

[9]) Deutsches BGB. §§ 229 und 230; schweizerisches OR., Entwurf März 1905, Art. 1065, Abs. 3.

sich hinter der Ausrede verbirgt, er hätte später die Zeche schon noch bezahlt und nicht eine Schädigung des Wirtes beabsichtigt. Selbst wenn aber die Beweisbarkeit einer solchen Absicht im Einzelfall feststeht, so ist damit für die Strafwürdigkeit dieses Verhaltens noch nichts entschieden. Naheliegenderweise hat sich die Literatur gerade mit diesem Grenzfall eingehender befasst und bald für die Strafwürdigkeit, bald gegen sie entschieden.[10]) Gründe, die später näher zu erörtern sind, lassen mich der erstern Ansicht beitreten.

---

[10]) *Für* die Bestrafung in diesem Falle entscheiden *Meyer-Allfeld,* Lehrbuch 481 Anm. 41: *Binding* a. a. O. 1 361; die österreichischen Strafgesetz-Redaktoren nach *Hegler* a. a. O. 7 497 Anm. 3. Dagegen *Kronacher* 13, 45.

II.

Wenn dem Richter heute Zechprellerfälle, wie ich sie eben dargestellt habe, vorgelegt werden, so muss er, wenn ihm nicht eine Spezialnorm zur Verfügung steht, den gewagten Schritt in das Gebiet des Betruges tun, er muss in einem oft schwierigen Beweisverfahren und mit einem der Bagatelle zumeist nicht entsprechenden Aufwand juristischer Konstruktion den Nachweis leisten, dass der Zechpreller ein Betrüger ist. Gelingt ihm das nicht, so ist, oft zum Erstaunen des rechtsuchenden Publikums, ein Freispruch die Folge.

Ob Zechprellerei Betrug ist, muss in der Tat vor allem festgestellt werden. Verneint man die Frage, so ergibt sich daraus die Notwendigkeit einer Sonderbestimmung, weil die Strafwürdigkeit des Zechprellers unzweifelhaft ist und von den herkömmlichen Deliktstatbeständen nur der Betrug in Betracht kommen kann. [11]) Kommt man dagegen zu dem Ergebnis, die Zechprellerei werde vom Betrugstatbestand gedeckt, so bleibt immer noch zu untersuchen, ob bei der eigenartigen Lagerung dieser Fälle nicht trotzdem eine Spezialbestimmung am Platze ist.

Ist nun die Zechprellerei Betrug? Das bejaht die heutige Literatur mit wenigen Ausnahmen, und zwar wird fast übereinstimmend die Zechprellerei als ein Fall des *Kreditbetruges* bezeichnet, als ob auch der Zechpreller einen andern „zur

---

[11]) Man wird die Zechprellerei nicht beim Diebstahl unterbringen wollen, dem Frankreich allerdings die filouterie anfügt (Art. 401 Abs. 4); für eine Unterstellung beim Betrug erklärt sich übrigens auch *Garraud*, Droit Pénal Français (2. Aufl.) 5 540 Anm. 9. Man wird sie auch nicht mit dem luxemburgischen StrGB. (Art. 491 Abs. 2) als einen Fall von abus de confiance betrachten wollen.



Gewährung oder Verlängerung von Kredit" unter Täuschung über seine Vermögensverhältnisse bestimmen würde.[12]) In der deutschen Literatur hat sich bisher, soweit ich sehe, nur eine einzige Stimme gegen den Betrugscharakter der Zechprellerei ausgesprochen: *Kronacher*, dessen ganze Abhandlung dem Nachweis gilt, Zechprellerei sei nicht Betrug, sondern ein gesondertes Delikt. Dazu kommt aber, wenn man so sagen darf, die *romanische* Auffassung, die mit ihrem Betrugsbegriff vielfach die Zechprellerei nicht umfassen zu können glaubt.[13])

Dass nun die bisher wenigstens in der deutschen Literatur herrschende Meinung, der Zechpreller sei ein *Kreditbetrüger*, nicht haltbar ist, hat bereits *Kronacher* in selbständiger Weise festgestellt (6 ff.). Er weist darauf hin, dass beim Kreditbetrug besondere positive Handlungen, namentlich wahrheitswidrige Angaben, vorausgesetzt werden, dass zudem beim Kreditbetrug oft vorläufig nur eine Vermögens*gefährdung*, noch nicht eine Vermögensbeschädigung die Folge sei.[14]) Das alles trifft bei der Zechprellerei nicht zu. Noch hinzugefügt werden kann, dass die Absicht des Zechprellers überhaupt nicht dahin geht, es möchte ihm Kredit gewährt werden. Er will sich gar nicht

---

[12]) So wird ja herkömmlich der Kreditbetrug charakterisiert. Als Kreditbetrug bezeichnen die Zechprellerei *v. Liszt*, Lehrbuch (16./17. Aufl.) 468; *Binding* a. a. O. 1 361; *Meyer-Allfeld* 481 Anm. 41; *Hegler* a. a. O. 7 436 ff.; *Olshausen*, Kommentar zu § 263 RStrGB. Note 20. Betrug schlechthin nennen die Zechprellerei das deutsche *Reichsgericht*, Rechtspr. in Strafs. 2 691 und 4 90; *Joh. Merkel*, Vermögensschädigung beim Betrug (Erlanger Diss. 1900) 38; *Lucas*, Anleitung zur strafr. Praxis 2 (2. Aufl.) 349 ff.; *Stooss*, Verhandlungen der schweiz. Expert.-Komm. 2 337; auch *Frank*, Kommentar zum RStrGB. (5.—7. Aufl.) 431 nimmt Betrug an, wenn die Forderung des Wirtes gefährdet ist, nur dann, meint er, könne von Vermögensbeschädigung die Rede sein.

[13]) Ein Beweis dafür ist, dass schon seit 1873 ein besonderes Zechprellergesetz in Frankreich besteht; vergl. namentlich auch *Cornaz* und *Gautier* in den Verhandlungen der schweiz. Experten-Komm. 2 337.

[14]) Richtig hier auch *Schlesinger*, Vermögensschädigung bei Betrug (Erlanger Diss. 1894) 79 und *Joh. Merkel* a. a. O. 37/38.

durch irgendwelche, beim Kreditbetrug durchaus notwendige Manöver das *Vertrauen* des Gastwirtes in seine Zahlungsfähigkeit erschwindeln. Der Gastwirt oder der Kellner setzt dem Gast ja auf Bestellung Speise und Trank vor, ohne dass er sich Gedanken darüber macht, ob dem Gast Vertrauen zu schenken sei oder nicht. Das weiss der Gast. Also braucht er sich auch nicht erst durch ein täuschendes Verhalten dieses Vertrauen zu ertrügen.[15]) Diese Sachlage hat auch der norwegische Gesetzgeber richtig erkannt, der im § 274 StrGB. von 1902 einen besondern Tatbestand des Kreditbetruges aufstellt[16]) und an ganz anderer Stelle und sicherlich ohne Beziehung zu diesem § 274 die Zechprellerei unter Strafe stellt (§ 402).

Aber ist nun die Zechprellerei, wenn man sie nicht als Kreditbetrug charakterisieren will, überhaupt Betrug?

Für die Beantwortung dieser Frage ist etwas weiter auszuholen:

Ich gehe davon aus, dass Betrug die in rechtswidriger Bereicherungsabsicht durch Täuschung bewirkte Vermögensschädigung ist, dass stets vom Richter folgendes kausale Geschehen festzustellen ist: Täuschung — Irrtum seitens des Getäuschten — Vermögensdisposition — Vermögensschädigung. Die herkömmliche gesetzliche Formulierung nennt dabei stets die Täuschungs*mittel,* die der Betrüger benutzt,

---

[15]) Das alles gilt natürlich nur für die typischen Zechprellerfälle, wie ich sie oben festgestellt habe. Gewiss liegt dagegen Kreditbetrug vor, wenn der Hochstapler X im feinen Hotel sich gütlich tut unter der Angabe, er sei der Courier des Fürsten zu Y und habe für seinen nachfolgenden Herrn auf den nächsten Tag die besten Gemächer des Hauses reservieren zu lassen.

[16]) „Mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu einem Jahr wird bestraft, wer *mittels falscher Angaben über sein Zahlungsvermögen* sich oder andern ein Darlehen oder eine Leistung ohne gleichzeitige Erbringung einer Gegenleistung verschafft, mit dem Erfolge, dass dadurch ein Vermögensverlust verursacht wird, oder wer dazu mitwirkt."



sei es, dass sie kasuistisch umschrieben werden, wie im französischen Code pénal[17]) und seinen Nachahmern, sei es, dass die Formel: „Durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen" verwendet wird. Wie viel Komplikationen durch diese ausdrückliche Nennung der Täuschungshandlungen in den Betrugsbegriff hineingetragen worden sind, weiss jeder Jurist.[18]) Bald genug werden wir sehen, dass auch für eine Unterstellung der Zechprellerei unter die Betrugsnorm hier die grössten Schwierigkeiten sich ergeben, denn es ist nun der Reihe nach zu untersuchen, ob auf unsere Zechprellerfälle die einzelnen Tatumstände des Betrugs zutreffen.

1. Dass der typische Zechpreller *in rechtswidriger Bereicherungsabsicht* handelt, dass er auf fremde Kosten einen Vermögensvorteil anstrebt, hat bisher niemand bezweifelt.[19]) Die Bestreitung dieses Tatbestandsmomentes blieb *Kronacher* (30 ff.) vorbehalten: Mit einer fast abenteuerlich anmutenden Beweisführung versucht er darzutun, dass beim Zechpreller die Bereicherungsabsicht fehlt.[20]) Zwar gibt er zu, dass die Prellerei dem Täter stets einen Vermögensvorteil einbringt, der bei dem Zahlungs*unfähigen* darin besteht, dass er, der

---

[17]) Art. 405 „Quinconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manoeuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique . . ."

[18]) Ich betrachte es als eine wahre Erlösung, dass sich endlich einmal ein Gesetzbuch von dieser verhängnisvollen Juristenformel befreit hat: das norwegische StrGB., das im § 270 keine Täuschungshandlungen mehr nennt, sondern nur noch erklärt: „Wer . . ., *dadurch, dass er einen Irrtum hervorruft oder verstärkt* . . ." Vgl. darüber auch *Hegler* a. a. O. **7** 486 und Anm. 3.

[19]) Den Grenzfall — der momentan zahlungsunfähige Gast entfernt sich, er will zahlen, sobald er Geld hat — lasse ich vorerst richtigerweise beiseite. Er ist ja auch nicht typische Zechprellerei.

[20]) Gegen *Kronacher* kurz schon *Hegler* a. a. O. **7** 437.

Vermögenslose, sich dennoch bestimmte Genussmittel verschaffen kann, während der Zahlungs*unwillige* einen Vorteil erwirbt, indem er rechtswidrig die Verminderung seines Vermögens abwendet (38—40). Aber, erklärt nun *Kronacher*, auf alle diese für das Vermögen vorteilhaften Erfolge geht die Absicht des Zechprellers nicht, sie geht einzig darauf, sich einen sinnlichen Genuss zu verschaffen, sich vom Gefühl des Hungers zu befreien, sich einen Gaumenkitzel zu leisten (33, 34, 40, 44). — Auf solche Weise gelangt Kronacher dazu, die Zechprellerei aus dem Kreise betrügerischer Handlungen zu entfernen und zu einem besondern, eigengearteten Delikt zu stempeln. Fast kommt man auf die Idee, bei dieser Beweisführung sei der Wunsch Vater des Gedankens gewesen: der Autor hat durchaus die Zechprellerei dem Betrugstatbestand entziehen wollen. Einigermassen wird seine energische Lösung allerdings noch erklärt durch die von ihm vertretene Identität von Motiv, Zweck und Absicht (30). Diese durch nichts gerechtfertigte Auffassung bildet die Unterlage zu seiner Lösung. — Eine schrittweise Widerlegung der Kronacherschen Ansicht halte ich für unnötig, sie würde den Zweck dieser Arbeit in keiner Weise fördern. Es genügt vollständig, auf die Konsequenzen einer solchen Auffassung hinzudeuten: das Ende wäre die Beseitigung des Betrugstatbestandes aus den Strafgesetzbüchern; wir würden bald die Betrugsbestimmungen nicht mehr nötig haben, weil die Handlungen fehlten, die den Tatbestand erfüllen würden. Mit Kronacher müsste man sagen, dass, wer ein Buch erträgt, nicht von der Absicht auf Bereicherung geleitet wird, sondern nur einen geistigen Genuss erstrebt, dass, wer sich Geld erschwindelt, nicht sich bereichern will, sondern nur die Absicht hat, sich die tausend Genüsse zu verschaffen, die ihm das Gold verbürgt.

Kronacher wird mit seiner Ansicht allein bleiben. Der Zechpreller handelt in Bereicherungsabsicht. Daran ist nicht zu rütteln. Dass zudem seine Absicht auf einen *rechtswidrigen*

Vermögensvorteil geht, braucht gar nicht erst näher erörtert zu werden.[21])

2. Schwierigkeiten entstehen dagegen sofort, wenn man fragt, *ob der Zechpreller täuscht,* namentlich, ob er täuscht durch fälschliches Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen.

Hier zeigt sich vor allem der Unterschied zwischen der an das französische Recht sich anschliessenden romanischen Auffassung und der deutschrechtlichen Ansicht: auf dem Gebiet des französischen Rechtes werden für den Betrug bestimmte Machenschaften (manoeuvres, une mise en scène) gefordert, aus denen, wenn auch erst nachträglich, mit aller Deutlichkeit die betrügerische Absicht hervorgeht.[22]) Und gerade solche „Machenschaften" fehlen beim Zechpreller, eine „mise en scène", „artifizii o raggiri" kann man ihm nicht nachsagen. Also ist Zechprellerei nicht Betrug.[23]) Das Gegenteil erklären auf Grund ihres allerdings weitergehenden Betrugsbegriffes die deutsche Praxis und Literatur. Das Ergebnis liegt freilich auch nicht am Weg und insbesondere die Feststellung, ob wir es mit dem fälschlichen Vorspiegeln oder mit dem Unterdrücken von Tatsachen zu tun haben, ist nicht leicht:

Der Zechpreller *verschweigt* seine Zahlungsunfähigkeit bezw. seine Absicht, nicht zahlen zu wollen. Das ist eine

---

[21]) Die Kontroverse über die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim Betrug — rechtswidrig = dem Rechte zuwiderlaufend oder: rechtswidrig = im Rechte nicht begründet — spielt bei der Zechprellerei keine Rolle. Die Absicht des Prellers geht auf etwas Rechtswidriges, ob man die eine oder die andere Auffassung für zutreffend hält. Ueber die Kontroverse vergl. *Frank,* Komment. 440 f.; auch *Lucas* a. a. O. 2 345.

[22]) Ausführlich über die französische Auffassung: *Hegler* a. a. O. 7 449, Anm. 3, mit zahlreichen Literaturbelegen. Vgl. auch C. p. italiano, Art. 413: „Chiunque, con artifizii o raggiri (mit Kunstgriffen oder Ränken) atti a ingannare o a sorprendere l'altrui buona fede — — —."

[23]) *Garraud* a. a. O. 5 548, Anm.; *Cornaz* und *Gautier*, Verhandlungen der schweiz. Experten-Komm. 2 337.

Unterdrückung von Tatsachen.[24]) Es fragt sich nur noch, ob eine *Rechtspflicht* zum Eingestehen der Insolvenz oder gar der Zahlungsunwilligkeit angenommen werden kann, denn eine solche rechtliche Verpflichtung zum Reden wäre die notwendige Voraussetzung, um ein betrügliches Unterdrücken von Tatsachen anzunehmen. Beim Zechpreller aber fällt es schwer, die Pflicht zum Eingestehen zu konstruieren. Man könnte eine Pflicht zum Reden mit *v. Liszt* (Lehrb. 468) aus „Treu und Glauben", die den geschäftlichen Verkehr beherrschen sollen, ableiten, aber die Ueberlegung passt schlecht für die Zechprellerei, wie ich auch zweifle, ob v. Liszt seinen Satz gerade für den Zechpreller gelten lassen wollte. Zudem weist *Frank* (Komment. 432/433) unter Berufung auf die reichsgerichtliche Praxis darauf hin, dass beim Eingehen eines Vertragsverhältnisses keine Pflicht zur Mitteilung derjenigen Umstände besteht, welche der Kreditwürdigkeit entgegenstehen. Keine *Rechts*pflicht wenigstens, während das Ausserachtlassen einer bloss moralischen Verpflichtung natürlich überall nicht genügt, um diesen Tatumstand des Betruges zu erfüllen.

So bleibt, wenn man eine „Unterdrückung wahrer Tatsachen" im Sinne der Betrugsbestimmung beim Zechpreller nicht annehmen will,[25]) nur übrig, ihm die *Vorspiegelung* falscher Tatsachen zur Last zu legen. Und das tut die deutsche Literatur ziemlich allgemein. Sie erklärt, dass zum Vorspiegeln das Aufstellen einer bewusst unwahren Behauptung genügt, „ohne dass besondere künstliche Veranstaltungen erforderlich

---

[24]) Auch das Unterdrücken sog. *innerer* Tatsachen, seelischer Vorgänge (die Absicht, nicht zahlen zu wollen), genügt bekanntlich zum Betrug: *Frank*, Komment. 430 f. und dort Zitierte; *Kronacher* 18 f.; *Zürcher. Oberger.* vom 15. IX. 05 (Schweiz. ZStrR. **18** 331 ff.).

[25]) Zum Ganzen noch *Kronacher* 16, der die herrschende Meinung vertritt. Vergl. dagegen den hier gewagten § 402 des norweg. StrGB.: „— — — wer *unter Verschweigung des Umstandes, dass er nicht imstande ist, zu bezahlen oder Sicherheit zu bestellen* — — —."

wären" *(Frank)* und ferner, dass auch schlüssige Handlungen eine solche Behauptung in sich schliessen könnten; bei der Zechprellerei insbesondere werde durch das Bestellen von Speisen oder Getränken „stillschweigend die Tatsache *vorgespiegelt,* dass man zu zahlen willens und imstande sei". *(Kronacher).* Eine Stütze findet diese Auffassung noch in der überdies durch die deutsche Literatur vertretenen Ansicht, dass der Eintritt in ein Rechtsgeschäft die stillschweigende Behauptung gewisser Tatsachen in sich schliesst, dass also, wer im Restaurant bestellt, implicite seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit aufstellt.[26])

Damit ist, im Gegensatz zur Auffassung der Franzosen, die dem Gesetz entsprechende Täuschungshandlung des Zechprellers festgelegt. Man kann für die deutschen Rechte an der Richtigkeit dieses Gedankenganges nicht zweifeln: Der Zechpreller täuscht, und wenn sein Verhalten durch die zulässigen Mittel der Interpretation dem Begriffe des Vorspiegelns unterstellt werden kann, so ist von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen[27]) — solange wenigstens, als nicht das Gesetz einen besondern Zechprellertatbestand zur Verfügung stellt.

---

[26]) Vgl. zur ganzen Frage *Frank,* Kommentar 430 f. und dort Zitierte; *Kronacher* 11, 17; *Hegler* a. a. O. 7 436; *Meyer-Allfeld* 478 und dort Zitierte.

[27]) Das hübsche „Zechprellergeschichtchen", das *J. P. Hebel* in den Erzählungen des rheinischen Hausfreundes zum besten gibt, bereitet allerdings keine solchen Interpretationsschwierigkeiten: Ein Gast verlangt für *sein* Geld ein gutes Mittagessen. Er lässt es sich schmecken; nach beendeter Mahlzeit zieht er einen abgeschliffenen Sechser aus der Tasche und sagt: „Hier, Herr Wirt, ist *mein* Geld." Der Wirt macht schliesslich gute Miene zum bösen Spiel, ja er will sein Erlebnis noch ausbeuten. Nicht nur schenkt er dem seltsamen Gast das Mittagessen, er drückt ihm auch noch ein Geldstück in die Hand mit dem Auftrag, es dem nahen Bärenwirt ebenso wie ihm zu machen. Beim Abschied des Gastes muss er dann allerdings hören: „Bei eurem Nachbarn, dem Herrn Bärenwirt, bin ich schon gewesen und eben der hat mich zu euch geschickt und kein anderer." (Ges. Werke, hgg. von Wendt, 3. Aufl. 1 177.) Das war zweifellos Betrug.

3. Nimmt man nach dem vorangehenden die Täuschungshandlung des Zechprellers als feststehend an, so ist jetzt weiter zu untersuchen, ob das Verhalten des Prellers auch die für die Erstellung des Betrugstatbestandes notwendige Folge nach sich zieht, ob seine „Behauptung" beim Getäuschten einen *Irrtum erzeugt*. Ich finde diesen Punkt in der Literatur über die Zechprellerei nicht erörtert. Allgemein anerkannt ist nur der Satz, dass der Irrtum beim Irrenden irgend eine positive Vorstellung voraussetzt, dass der Mangel jeder Vorstellung, das blosse Nichtwissen, kein Irrtum ist.[28]) Das pflegt man gewöhnlich mit dem Beispiel vom blinden Passagier zu belegen, von dessen Mitfahren der Schaffner oder Kutscher keine Ahnung hat. Kann man dagegen, gerade wenn man diesen Fall zum Vergleich heranzieht, vom Zechpreller sagen, dass er einen Irrtum erregt, dass durch sein Verhalten in dem ihm Speise und Trank vorsetzenden Kellner eine der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellung erzeugt wird? Die Antwort darauf muss zweifelnd ausfallen: man denke sich ein grosses Restaurant mit Hunderten von Gästen und man wird nicht behaupten wollen, dass die bedienenden Kellner sich positiv die Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit jedes bestellenden Gastes vorstellen werden; sie werden sich darüber in der Regel überhaupt keine Gedanken machen, eine bestimmte Vorstellung wird ihnen fehlen. Anderseits kann man aber doch, gerade wenn man den blinden Passagier zum Vergleich heranzieht, behaupten, dass im Wirtshaus jeder bestellende Gast beachtet und gewissermassen taxiert wird, dass Wirt und Kellner in ein wenn auch noch so oberflächliches Verhältnis zu ihm treten, vor allem seine Solvenz und seine Zahlungswilligkeit als ganz selbstverständlich voraussetzen. Und gerade weil es als selbstverständlich erscheint, dass der Gast nicht ohne disponible Zahlungsmittel

---

28) Vgl. z. B. *v. Liszt*, Lehrb. 468; *Frank*, Komment. 433 u. a. m.

im Restaurant bestellt, macht sich der Wirt über diesen Punkt nicht in jedem Einzelfall seine Gedanken, er lebt gleichsam in einer Generalvorstellung, jeder Gast sei zahlungsfähig und zahlungswillig. Täuscht der Bestellende darüber, wird man endlich weiter argumentieren, so erzeugt er beim Wirt oder seinem Personal einen Irrtum oder noch besser, er *unterhält* einen Irrtum.

Damit wäre auch dieses Betrugsmoment gerettet. Aber man mache sich darüber klar, dass, ähnlich wie bei der Frage nach den vorspiegelnden Handlungen des Zechprellers, die Entscheidung auf des Messers Schneide liegt. Schliesslich ist es, namentlich für den einen Einzelfall entscheidenden Richter, fast Gefühlssache, ob er beim Gastwirt oder dem Kellner eine irrige Vorstellung annehmen oder den Mangel einer positiven Vorstellung behaupten will.

Das alles ist aber für eine konsequente Subsumierung der Zechprellerei unter den Betrug wenig günstig.

4. Das weitere Glied in der Kette der den Betrug herstellenden Geschehnisse ist die *Vermögensdisposition* seitens des Getäuschten. Sie ist bei der Zechprellerei nicht anzuzweifeln. Der Wirt gibt aus seinem Vermögen Werte an den Gast ab, der ihn — nach unsern frühern Feststellungen — durch sein Verhalten in einen Irrtum über seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit versetzt bezw. einen solchen Irrtum bei ihm unterhalten hat.

5. Ist das Moment der Vermögensdisposition klar, so kommt man bei der Frage nach der dem Betrug weiter wesentlichen *Vermögensschädigung* wieder auf bestrittenes Gebiet. Man hat behauptet, Zechprellerei könne nur Betrug sein, „wenn die Forderung gefährdet ist", denn nur in diesem Falle könne von Vermögensschädigung die Rede sein (*Frank* 431). Wenig entschieden äussert sich in dieser Frage auch *Hegler* (a. a. O. 7 436), der den Satz aufstellt: „Die Vermögensschädigung liegt vor bei und in einer den Wert der

Forderung des Gläubigers unter den Wert des Weggegebenen mindernden Gefährdung des Gläubigers, die aber selbst bei Zahlungsfähigkeit des andern Teils gegeben sein kann." Bei der Zechprellerei scheint er allerdings die Schädigung regelmässig als vorhanden anzunehmen; nach ihm liegt die Schädigung „in der Abgabe an einen, der nicht willens (bezw. nicht willens und nicht in der Lage) ist, vor seinem Weggehen zu bezahlen oder Sicherheit zu leisten".

Aber diese Begründung hebt den wesentlichen Punkt kaum deutlich hervor, über die Art der Schädigung ist eigentlich nichts gesagt, sondern nur das Verhalten des Zechprellers zusammenfassend charakterisiert. Will man nachweisen, dass in jedem Fall von Zechprellerei ein Vermögensschaden verursacht wird, so kann das nur durch einen deutlicheren Hinweis auf die Eigenart des Verhältnisses zwischen dem Gastwirt und dem bestellenden Gast geschehen: Nach der Natur des sich zwischen Wirt und Gast abwickelnden Geschäftes kann der Wirt die sofortige Zahlung der Zeche verlangen, er ist ja auch, wenn er nicht im Einzelfall ausdrücklich kreditiert, auf einen derartigen Zug-um-Zug-Verkehr mit seinen Gästen angewiesen. Reicht er nun einem Gast Speise und Trank, der nicht willens und vielleicht auch nicht in der Lage ist, vor seinem Weggehen zu bezahlen, so wird ihm „der Zeit nach nicht, was er zu fordern hat" *(Binding)*. Diese Tatsache beweist den Vermögensschaden auch für den Fall, dass der Gast zu Hause Mittel zur Befriedigung des Wirtes besitzt, denn, hebt *Lucas* hervor, bei dieser Sachlage erhält der Wirt „statt der vermuteten Zahlung nur ein nicht gesichertes, unter Umständen schwer realisierbares Forderungsrecht". Mit einer rein rechnerischen Auffassung des Vermögensschadens, wie sie z. B. *Frank* vertritt, kommt man hier nicht durch, und zudem liesse sich in ausnahmsweise schweren Fällen von Zechprellerei vielleicht auch rechnerisch feststellen, dass sogar der solvente Zechpreller einen Vermögensschaden verursacht:

der Wirt erhält das ihm vom Gast sofort geschuldete Geld erst viel später, in der Zwischenzeit waren diese (vielleicht in einzelnen Fällen nicht unerheblichen) Geldmittel seiner Verfügung entzogen, und durch diesen Mangel war der Wirt in seiner Geschäftstätigkeit gehemmt. Die ihm durch den Richter später zugesprochenen Zinsen seiner Forderung werden ihn auch nicht in allen Fällen schadlos halten. — Ich gebe zu, dieser letztere Fall mutet stark theoretisch an und die Praxis wird in der Regel auf solche Rechenexempel verzichten. Gegen die Richtigkeit des Rechenexempels spricht dies aber nicht.[29])

Also auch die Vermögenschädigung, dieses letzte für die Herstellung des Betrugstatbestandes notwendige Element, ist der Zechprellerei stets eigen.

Bei den vorangehenden Untersuchungen habe ich stets die beiden gewöhnlichen Zechprellerfälle im Auge gehabt, da der Preller zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist und schon zu der Zeit, da er Speise und Trank bestellt, die Absicht hat, sich der Zahlung zu entziehen. Es mag nun vorkommen, dass der Gast erst nach der Bestellung seine Insolvenz entdeckt oder, obschon er zahlungsfähig ist, nachträglich erst auf die Idee kommt, den Wirt zu prellen. Derartige innere Vorgänge werden zumeist recht schwierig zu beweisen sein und wird ihre Richtigkeit im einzelnen Fall dargetan, so nützt nach meiner Meinung dem Täter der Beweis nichts. Er wird trotzdem wegen Zechprellerei bezw. wegen Betruges verurteilt werden können, denn auch bei diesen Varianten

[29]) Vgl. jetzt noch zur ganzen Frage *Binding* a. a. O. 1 361; *Lucas* a. a. O. 2 349; *Meyer-Allfeld* 481, Anm. 41, die alle einen Vermögensschaden annehmen, während *Hegler* a. a. O. 7 436 und Anm. 8 eine „Schädigung im Rechtssinn" (?) verneint.

erscheinen, will man überhaupt mit der deutschrechtlichen Auffassung die Zechprellerei als Betrug ansprechen, die einzelnen Momente des Betruges erfüllt: die rechtswidrige Bereicherungsabsicht, die Täuschung, das Irren des Getäuschten, die Vermögensdisposition und die Vermögensschädigung. Allerdings täuscht der Preller hier in einem andern Zeitpunkt als bei der gewöhnlichen Zechprellerei, man kann nicht wie im Normalfall von ihm sagen, er habe durch das Bestellen von Speisen und Getränken stillschweigend die Tatsache *vorgespiegelt*, dass er zu zahlen willens und imstande sei. Dagegen kann man zur Not eine Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit darin erblicken, dass der Gast trotz der nachträglichen Erkenntnis seines Vermögensstandes und trotz seiner prellerischen Absichten sich weiter als zahlungswillig geriert. Zudem kann in solchen Fällen die Formel von der „Unterdrückung von Tatsachen" helfen, denn, wenn man auch für den zahlungsunfähigen Gast, der ein Wirtshaus betritt, nicht von vorneherein eine Rechtspflicht zum Gestehen seiner Vermögenslage annehmen kann (siehe oben S. 255), so möchte ich doch hier eine solche Rechtspflicht aus den Regeln über das Unterlassungsverbrechen ableiten: durch die vorangegangene Bestellung von Speise und Trank entsteht für den Gast, dem erst nachträglich seine Zahlungsunfähigkeit bewusst wird, die Pflicht, dem Wirt die Sachlage bekannt zu geben. Diese Auffassung entspricht dem heute fast allgemein anerkannten Satz, dass eine Rechtspflicht zum Handeln sich ergibt aus dem vorangegangenen Verhalten, welches nachträgliche Untätigkeit als pflichtwidrig erscheinen lässt und die Unterlassung daher für strafbar erklärt. [30])

Auch hier zeigt sich wieder, dass man nur auf dem Wege einer oft gewagten Interpretation zum Ziele kommt. Und

---

[30]) Statt aller *v. Liszt*, Lehrbuch 133/134. Der von *Kronacher* 45/46 für diese Fälle gegebenen juristischen Konstruktion fehlt alle Bestimmtheit.

rettet man auf die angegebene Art das zum Betrug erforderliche täuschende Verhalten, so kann weiter fraglich werden, ob die Vermögensdisposition als Folge des durch die Täuschung im Wirte hervorgerufenen oder unterhaltenen Irrtums gelten kann. Der Wirt hat ja, kann man sagen, über Vermögenswerte schon disponiert, Speise und Trank herausgegeben zu einer Zeit, da das täuschende Verhalten des Gastes noch nicht eingesetzt hatte; also fehlt hier die Kausalität. Anderseits wird man einwenden, dass die Vermögensdisposition seitens des Wirtes nicht etwa in dem Hinsetzen eines Gerichtes oder eines Glases Bier sich erschöpft, sondern dass sie als ein Gesamtakt aufgefasst werden muss, der solange dauert, als der Gast im Wirtshaus sitzt und bedient wird.[31])

Man sieht: Schwierigkeiten der juristischen Interpretation allerorten und das gegenüber einem Tatbestand, der nach seiner Gestalt sonst jedem Laien verständlich ist. Die Konsequenzen aus dieser Sachlage werden noch zu ziehen sein.

Vorläufig will ich, auf Grund meiner bisherigen Interpretationen, annehmen, dass alle bisher erörterten Zechprellerfälle durch die Betrugsbestimmung gedeckt werden. Erst recht zweifelhaft wird das aber bei der Sachlage, die ich früher schon als Grenzfall bezeichnet habe: der momentan zahlungsunfähige Gast entfernt sich heimlich, er will zahlen, sobald er Geld hat, ja, ich will sogar annehmen, er entfernt sich, um zu Hause liegendes Geld zu holen. Kann der Täter so etwas beweisen, so wage ich nicht mehr, die, doch nur subjektiv zu würdigende Bereicherungsabsicht anzunehmen. Dagegen hindert nichts, auch in diesem Fall eine Bereicherung des Täters und korrespondierend eine Vermögensschädigung beim Wirt anzunehmen, weil er eben nicht die sofortige Befriedigung seines fälligen Forderungsrechtes erlangt, wie

---

[31]) Vgl. zu den hier erörterten Zechprellerfällen noch *Lucas* a. a. O. **2** 350, der meint, ein Jurist werde hier strafrechtlichen, der andere nur zivilrechtlichen Betrug annehmen.

er es aus dem abgeschlossenen Zug-um-Zug-Geschäft erwartete. Fehlt aber die Bereicherungs*absicht*, so fehlt es am Betrugstatbestand[82]) und der Täter geht straflos aus, wenn er nicht mit einer besondern Zechprellerbestimmung gefasst werden kann.

Zum Verständnis der juristischen Eigenart der Zechprellerei soll endlich noch festgestellt werden, in welchem Zeitpunkt sie vollendet ist. Der vollendete Betrug erfordert bekanntlich den Eintritt des Vermögensschadens, nicht aber die geschehene Bereicherung. Aus der Art des mit dem Gastwirt abgeschlossenen Geschäftes ergibt sich jedoch, dass bei der Zechprellerei Bereicherung und Vermögensschaden fast immer Hand in Hand gehen; das ist die Folge des Zug-um-Zug-Geschäftes. Für die Vollendung des Tatbestandes scheint mir aber namentlich massgebend zu sein, dass die Absicht des Prellers, sich seiner vertragsmässigen Zahlungspflicht zu entziehen, irgendwie in die Erscheinung tritt: er macht sich heimlich davon oder auch die mangelnde Zahlungsfähigkeit des Gastes wird zuvor schon entdeckt und durch sein Verhalten nach der Entdeckung wird seine Absicht offenbar. Auf irgend eine Art muss das der Aussenwelt zum Bewusstsein kommen oder m. a. W. es muss eine beweisbare Aeusserung dieser Absicht vorliegen. Bei den gewöhnlichen Betrugsfällen ergibt sich die Bereicherungsabsicht zumeist ungezwungen aus dem ganzen Verhalten des Täters, bei der Zechprellerei dagegen wird die Aeusserung der Absicht, sich seinen Verpflichtungen zu entziehen, stets die Schlussszene im Verhalten des Täters bilden.

---

[82]) Richtig die Verhandlungen der österreich. Strafgesetz-Redaktoren bei *Hegler* a. a. O. 7 497, Anm. 3; dagegen scheinen *Binding* a. a. O. 361 und Anm. 3 und *Meyer-Allfeld* 481, Anm. 41 auch in diesem Falle Betrug anzunehmen.

III.

Trotz alledem stehe ich auf dem Boden, die Zechprellerei in ihren Normalfällen ist Betrug. Aber meine bisherigen Erörterungen sollten gezeigt haben, dass, wenn man die Zechprellerei am Betrugstatbestand prüft, vielfache Zweifel entstehen:

es ist zweifelhaft, namentlich im Hinblick auf die Rechtsanschauung der romanischen Kantone, ob man dem Zechpreller ein Vorspiegeln falscher Tatsachen zur Last legen kann;

es ist erst recht zweifelhaft, ob er sich ein Unterdrücken von Tatsachen im Sinne des Gesetzes zuschulden kommen lässt;

es ist zweifelhaft, ob durch das Verhalten des Zechprellers im Wirt oder seinem Personal ein Irrtum erregt bezw. unterhalten wird;

es wird sogar angezweifelt, ob der Zechpreller unter allen Umständen einen Vermögensschaden verursacht.

Das alles lässt den Richter nicht zu einer konsequenten Unterstellung der Zechprellerei unter die Betrugsnorm kommen.[33]) Dazu kommen in vielen Fällen noch Schwierigkeiten der Beweisfrage, immer dann, wenn der Täter behauptet und es vielleicht wahrscheinlich macht, dass er sich nicht endgiltig der Zahlungspflicht entziehen, sondern ihr genügen wolle, sobald er Mittel zur Verfügung hätte. Gelingt ein solcher Nachweis, so halte ich, wie früher schon angedeutet, eine Verurteilung wegen Betrugs für unmöglich. Und doch bejahe ich anderseits die Strafwürdigkeit auch

[33]) Vgl. schon *Hegler* a. a. O. **7** 523 und namentlich 533; auch *Gretener* und *David*, Verhandlungen der schweiz. Experten-Komm. **2** 337/8 sprechen sich zweifelnd aus, ob die Betrugsnorm für die Zechprellerei genüge.

eines solchen Verhaltens, weil es einen gefährlichen Eingriff in die feststehenden, allgemein anerkannten Gewohnheiten des Wirtshausgewerbes darstellt, weil es Treu und Glauben in hohem Masse verletzt, weil der Täter immerhin durch Täuschung sich einen Vermögensvorteil verschafft.

Hält man die lange Reihe dieser Zweifel und Bedenken zusammen, so kommt man notwendig zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber eine besondere Strafbestimmung gegen den Zechpreller aufstellen muss.[84]) Zu untersuchen ist nur noch, welche *Ausdehnung* dem Tatbestand zu geben ist, welche *Formulierung* er empfangen soll, und wo er am richtigsten *im System des Strafgesetzbuches untergebracht* wird.

1. Bedeutsam ist die mehrfach versuchte Ausdehnung des Tatbestandes über die eigentliche Zechprellerei hinaus. Vor Allem will man den *Logisbetrug* auf den gleichen Boden wie die Zechprellerei stellen. Obschon eine solche Gleichstellung einiges für sich hat und in der Literatur wie der neuen Gesetsgebung mehrheitlich vertreten wird,[85]) wende ich mich energisch gegen sie. Der Logisbetrug spielt sich wesentlich anders ab als die Zechprellerei:

Wer als Gast ein Hotelzimmer oder wer sonst als Mieter ein Zimmer bezieht, bringt in der Regel Gepäck mit, er tritt also mit ganz anderem Aplomb auf als der Wirtshausgast

---

[84]) Gegen eine Zechprellerbestimmung wendet sich *Meyer v. Schlauensee,* Zur Geschichte und Kritik des Stooss'schen Entw. 111; einen Grund für seine Opposition gibt Meyer nicht an.

[85]) So Luxemburg, StrGB. Art. 491: „Quiconque . . . se sera fait donner un logement dans des établissements à ce destinés . . .“; Glarus, StrGB. Art. 142: „ . . . Schulden für Kost und Logis . . .“; Norwegen, StrGB. § 402: „ . . . in einem Gasthofe . . . Wohnung nimmt . . .“; österreichische Entwürfe, z. B. StrGEntw. 1891 § 512: „ . . . in einem Gasthause Wohnung nimmt . . .“ In der Literatur treten für eine Ausdehnung auf den Logisbetrug ein: *Hegler,* a. a. O. 7 533; *Perrier,* Verhandlungen der schweiz. Expertenkomm. 2 732. Dagegen sprechen sich aus *Garraud* a. a. O. 5 538; *Cornaz, David* und *Stooss,* Verhandlungen der schweiz. Expertenkomm. 2 733.

hat er dabei die Absicht, den Vermieter zu prellen, so wird man ihm viel eher als dem Zechpreller das Vorspiegeln von Tatsachen, seiner Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit, nachsagen können. Bringt aber der Hotelgast oder sonstige Mieter kein Gepäck mit, so wird das, weil es ungewöhnlich ist, das Misstrauen des Vermieters erwecken und dieses Misstrauen findet vielfach darin seinen Ausdruck, dass der Vermieter Vorausbezahlung oder Sicherstellung fordert. Dieses Sicherungsmittel kann der Hotelier und namentlich der Zimmervermieter anwenden, ohne in der Regel gegen feststehende Gewohnheiten seines Gewerbes zu verstossen, während der Wirt dem Wirtshausgaste niemals Vorausbezahlung insinuieren kann und wird. Das Verhältnis des Zimmermieters zum Vermieter ist auch ein engeres, es erfolgt Namensnennung, und für den Hotelgast besteht wohl zumeist die von der Polizei aufgestellte Anmeldepflicht. Das Alles sind Momente, die eine vollständige Gleichstellung von Logisbetrüger und Zechpreller bedenklich machen. Endlich spielt auch ein gewisser Quantitätsunterschied eine Rolle: Die Zechprellerei gehört fast ausnahmslos zur kleinen Kriminalität, und das rechtfertigt, wie hier schon festgestellt werden mag, ihre Einfügung bei den Uebertretungen; beim Logiebetrug dagegen, etwa bei dem in erstklassigen Hotels absteigenden Hochstapler, kann es sich um sehr bedeutende Beträge handeln, dann aber wäre eine Bestrafung aus einer blossen Uebertretungsnorm nicht am Platze.[86])

Gegen meine Beweisführung, dass Logisbetrug und Zechprellerei nicht wohl zusammengekoppelt werden dürfen, kann nun der Einwand erhoben werden, dass beide Handlungen doch viel Gemeinsames haben, und dass fast alle Zweifel, die bei der Zechprellerei gegen die Anwendung der Betrugsnorm geltend gemacht werden, auch für den Logisbetrug

[86]) Aehnlich schon die Verhandlungen der schweiz. Expertenkomm. 2 733.

zutreffen. Das ist, ohne dass ich es in Einzelheiten auszuführen brauche, klar, und wenn man den Zechprellertatbestand nicht auf den Logisbetrug ausdehnen will, so muss, um ihn zu treffen, ein anderer Ausweg gefunden werden — und er ist schon gefunden: Der noch nicht veröffentlichte neue schweizerische Strafgesetz-Entwurf (datiert April 1908) fügt der Betrugsbestimmung (Art. 90) folgenden Abs. 2 an:

„Wer sich in einem Gasthofe oder in einer Pension beherbergen lässt, um dort auf Kosten des Wirts zu leben, wird . . . bestraft."

Das ist grundsätzlich die richtige Lösung: der oft schwierige, ja unmögliche Nachweis, dass der Logisbetrüger die einzelnen Tatumstände des Betruges erfüllt hat, ist dem Richter erlassen; nur die Bereicherungsabsicht ist festzustellen, und das ist leicht, wenn der Logisbetrüger in der üblichen Weise, durch heimliches Sich-Entfernen, seine Absicht realisiert. Aber nach der vorstehenden Fassung, die nichts vom heimlichen Sich-Entfernen sagt, ist vollendeter Betrug auch anzunehmen, wenn z. B. die Zahlungsunfähigkeit des Gastes entdeckt wird, bevor er unbemerkt sich entfernen kann und wenn durch sein Verhalten nach der Entdeckung seine Absicht, sich den Verpflichtungen zu entziehen, offenbar wird. — Richtig ist der Tatbestand unter dem Titel „Betrug", als eine vom Gesetzgeber neu geschaffene Betrugsvariante, zu den Verbrechen und nicht zu den Uebertretungen gestellt worden.

Ich habe gegenüber der Formulierung dieses Art. 90, Abs. 2 nur noch zwei Wünsche:

Einmal, dass auch der Grenzfall getroffen werde, bei dem der Täter seine Absicht, später zu zahlen, wahrscheinlich macht oder gar beweist, bei dem also die „Bereicherungsabsicht" fehlt, und ferner, dass auch geschützt werde, wer Zimmer vermietet, ohne Inhaber eines Hotels oder einer Pension zu sein.

So wird man eine alle strafwürdigen Fälle des Logisbetruges umfassende Formulierung erhalten, die in der Hauptsache mit der Bestimmung gegen die Zechprellerei übereinstimmen wird, denn der nahe Zusammenhang beider ist ja offenbar. Deshalb formuliere ich hier im Anschluss an Art. 90, Abs. 2 des schweizerischen Entwurfes 1908 auch eine Bestimmung über den Logisbetrug:

> Wer in einem Gasthof oder in einer Pension oder bei einem Zimmervermieter Wohnung nimmt mit der Absicht, der vertragsmässigen Pflicht zur sofortigen Bezahlung nicht nachzukommen, wird . . . bestraft.

Ich kehre zur Zechprellerei zurück. Eine Vereinigung von Zechprellerei und Logisbetrug habe ich abgewiesen. Dagegen fragt es sich, ob nicht die Zechprellerbestimmung nach anderer Richtung der Ausweitung fähig und bedürftig ist: der Wirtshausgast lässt sich ausser Speisen und Getränken noch Zigarren, Zigaretten, Ansichtskarten, Postmarken und andere Gegenstände reichen, sie werden ihm unter derselben Voraussetzung, dass ein Zug-um-Zug-Geschäft abgeschlossen wird, übergeben. Ist hier die gleiche Behandlung wie gegenüber der eigentlichen Zechprellerei am Platze? In der Tat formuliert schon das norwegische StrGB. (§ 402): „wer . . . Speisen, Getränke *oder dergleichen* geniesst" und die österreichischen Entwürfe (z. B. Entw. 1891 § 512) sagen deutlicher: „wer . . . Speisen, Getränke *oder andere Gegenstände des Verbrauchs, wie: Tabak, Zigarren und dergleichen* sich geben lässt . . ."

Dass die moderne Zechprellerbestimmung eine solche Erweiterung erfahren muss, leuchtet ohne weiteres ein: man wird hier keine Unterschiede zwischen einem Glase Bier und einer Zigarre machen wollen, den, der sich im Wirtshaus ein Glas Bier erschwindelt, als Zechpreller hinstellen und den,

der sich am gleichen Ort eine Zigarre ertrügt, mit der Betrugsbestimmung fassen.

Ebenso notwendig erscheint es, die Zechprellerbestimmung so zu gestalten, dass nicht nur der Inhaber einer Wirtschaft, sondern auch Pensionshalter geschützt werden, also Leute, die, ohne Inhaber eines Wirtschaftspatentes zu sein, gewerbsmässig Speisen und Getränke verabfolgen.[37])

Zu erwägen ist endlich eine Ausdehnung, die namentlich *Hegler* (a. a. O. **7** 533) befürwortet. Er wünscht mit der Zechprellerei verbunden das Ertrügen von „sofort nach Gebrauch oder Genuss zu bezahlenden Dienstleistungen und Gebrauchsnutzungen (Droschken u. ä.)“ und stützt sich dabei auf das Vorbild, das Norwegen[38]) und der argentinische Entwurf von 1906[39]) geben. Ich spreche mich nicht grundsätzlich gegen eine solche Strafbestimmung aus, wohl aber dagegen, dass sie der Zechprellerbestimmung angehängt wird. Bei einer solchen Erweiterung würde der Terminus Zechprellerei unbrauchbar, zudem kommen die hier ins Auge gefassten Fälle, verglichen mit der Zechprellerei, seltener vor. Will man auch hier gesetzgeberisch eingreifen, so kann das durch eine weitere besondere Norm geschehen, die dann allerdings analog der Zechprellerbestimmung zu formulieren ist.[40])

---

[37]) Glarus, StrGB. Art. 142 redet allgemein von Schulden für Kost (und Logis); Frankreich, StrGB. Art. 401 Abs. 4 und Luxemburg, StrGB. Art. 491 sprechen von „des établissements à ce (d. h. zur Verabreichung von Speise und Trank) destinés“; Neuchâtel, StrGB. Art. 443 Ziff. 14: „Ceux qui . . . se seront fait servir des boissons ou des aliments dans un hôtel ou dans tout autre établissement public.“

[38]) StrGB. § 402: „. . . oder wer die Arbeit oder die Sachen andrer unter Umständen benutzt, unter denen die gleiche Voraussetzung (sofortige Bezahlung) gilt.“

[39]) Art. 190: „. . . oder sich irgend eine unmittelbar zu bezahlende Dienstleistung gewähren lassen . . .“

[40]) Ohne hier auf eine nähere Erörterung einzugehen, zitiere ich den Art. 251 der neuen Fassung (1908) des schweizerischen Entwurfs:

„*Erschleichung einer Leistung.* Wer sich einer Leistung, die,

2. Nach den getroffenen Feststellungen und Abgrenzungen bereitet die *Formulierung der Zechprellerbestimmung* keine Schwierigkeiten mehr: was in Zechprellerfällen bei der Anwendung der Betrugsbestimmung zu Zweifeln Anlass gibt, ist wegzulassen, anderseits muss im Gesetzestext das ckarakteristische Verhalten des Zechprellers, namentlich seine Absicht, sich der vertraglichen Pflicht zur sofortigen Zahlung zu entziehen, zum Ausdruck gelangen.

Ich versuche zu formulieren:

> *Wer in einer Wirtschaft oder in einer Pension sich Speisen, Getränke odere andere Genussmittel oder Gebrauchsgegenstände reichen lässt, verzehrt oder verbraucht, mit der Absicht, der vertragsmässigen Pflicht zur sofortigen Bezahlung nicht nachzukommen, wird . . . bestraft.*

Die Ausweitung des Tatbestandes über die Betrugsnorm hinaus tritt hier deutlich hervor: nicht nur wenn die Bereicherungsabsicht des Täters erwiesen ist, tritt Strafe ein, sondern schon wenn die Absicht des Täters, nicht Zug-um-Zug bezahlen zu wollen, feststeht. In fast allen Fällen will der Zechpreller sich natürlich bereichern, aber nach unsern Feststellungen ist auch strafwürdig, wer die Bereicherungsabsicht nicht hat oder nicht zu haben vorgibt. Damit hört die Zechprellerbestimmung auf, eine blosse Unterart der Betrugsnorm zu sein, und ich komme so allerdings zu dem letzten Schlusse: Zechprellerei ist, wenn man alle strafwürdigen Fälle einbezieht, nicht mehr Betrug, dagegen kann die überkommene deutschrechtliche Auffassung

---

wie er weiss, nur gegen bar geleistet wird, arglistig, ohne zu zahlen, erschleicht oder verschafft, namentlich

die Fahrt auf einer Eisenbahn, Strassenbahn, einem Dampfschiff,
den Zutritt zu einer öffentlichen Aufführung, Ausstellung oder Veranstaltung . . .

wird bestraft.

Die Strafe des Betrugs bleibt vorbehalten."

in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle die Anwendung der Betrugsnorm konstruieren.[41])

Dass die beste Stellung einer solchen Zechprellerbestimmung bei den Uebertretungen ist, wird je länger je mehr anerkannt:[42]) sie gehört zur kleinen Kriminalität, sie berührt oft wohl auch die Grenze, wo die Frage entsteht, ob nicht die privatrechtliche Reaktion genügen kann. Diesen Umständen ist die Strafdrohung anzupassen. Mit dem schweizerischen Entwurf (1908 Art. 252) würde ich die Strafsanktion:

„wird mit Haft oder Busse bestraft"

vorschlagen.

Soll endlich die Zechprellerei, wiederum nach dem Vorgange des schweizerischen StrG.-Entwurfes 1908, nur auf Antrag strafbar sein? Dafür spricht die Tatsache, dass die Zechprellerei in ihren Grenzfällen hinanreicht an bloss zivilrechtliche Verfehlungen, dagegen spricht die Ueberlegung, dass die Prellerei in allen Fällen einen schweren Verstoss gegen Treu und Glauben im Verkehr darstellt. Schliesslich wird man in diesem Punkt auch noch das Interesse der Wirte und Pensionshalter berücksichtigen müssen, und da glaube ich, dass gar nicht so selten einem Wirt im Interesse seiner Geschäftsruhe ein strafprozessuales Einschreiten gegen den Zechpreller unerwünscht ist. Man lasse ihm daher — durch die Konstruktion der Zechprellerei als Antragsdelikt — die Wahl, ob er die Bestrafung des Prellers herbeiführen will oder nicht.

---

[41]) Darin unterscheide ich mich von *Kronacher*, passim und namentlich 48, wo er sagt: das Fehlen der Bereicherungsabsicht sei in *allen* Fällen der Zechprellerei das „prinzipielle Unterscheidungszeichen" gegenüber dem Betrug. „Die Zechprellerei ist kein Betrug, sie ist ein gesondertes Delikt, sie ist — Zechprellerei."

[42]) So schon Neuchâtel Art. 443 N. 14; Norwegen § 402; die schweizer. Entwürfe, z. B. Entw. 1903 Art. 240; die österreichischen Entwürfe; ferner *Hegler* a. a. O. **7** 533, der allerdings bei gewerbsmässiger Begehung ein „Vergehen" annehmen will; *Kronacher* 48 u. a. m.

Der Vortrag auf neue Rechnung bei der Aktiengesellschaft.

Von Prof. Dr. **G. Bachmann.**

I.

Als in diesem Frühjahr eine unserer bedeutendsten industriellen Aktiengesellschaften, die Aluminium-Industrie-Aktien-Gesellschaft Neuhausen, vor die Aktionäre trat mit ihrem Geschäftsbericht, begleitet von der Gewinn- und Verlustrechnung und der Bilanz für das Geschäftsjahr 1907, wurden gegen diese Vorlagen alsbald eine Reihe von Einwendungen in den Tagesblättern laut, die namentlich anlässlich der Beratung über Bericht und Rechnung in der ordentlichen Generalversammlung [1]) nachdrücklichste Betonung erfuhren.

Aus der Zahl der Aussetzungen und Anfragen soll in den nachfolgenden Ausführungen nur ein Punkt allgemeiner kritischer Betrachtung unterzogen werden, die Frage des Vortrags auf neue Rechnung bei der Aktiengesellschaft. Diese Frage hat damals in der Zeit vor der Generalversammlung gelegentlich Gegenstand der Diskussion im Handelsteil der Zeitungen gebildet. [2]) An der Generalversammlung selbst wurde sie nicht erörtert, weil vonseiten des Verwaltungsrates ohne weiteres zugegeben wurde, dass der Vortrag eines Gewinnsaldos auf neue Rechnung in der Höhe von Fr. 1,356,490.99 bei einem eingezahlten Aktienkapital von Fr. 13,000,000.— und bei Ausschüttung einer Summe von nur Fr. 2,600,000.— als Dividende ohne Zustimmung aller an der Generalver-

---

[1]) Vergl. Stenogr. Bulletin über die Verhandlungen, Zürich 1908.

[2]) S. „N. Z. Z." No. 99, 1. Morgenbl. (8. April), und No. 105, 2. Abendblatt (14. April), „Basler Nachr." No. 103, 1. Beil. (14. April), No. 104 1. Beil. (15. April) und No. 105, 1. Beil. (16. April).

sammlung anwesenden Aktionäre nach Gesetz und Statuten nicht vorsichgehen dürfe. Der Verwaltungsrat bezeichnete den Vortrag dieser zirka 1,3 Mill. Franken als ein Zurückstellen und empfahl der Generalversammlung Gutheissung dieser Zurückstellung, um die Gesellschaft für den künftigen Konkurrenzkampf mit den nötigen Geldmitteln auszurüsten. Die Generalversammlung hat dieser Auffassung nach längerem Zögern schliesslich einstimmig beigepflichtet. Damit war, wenigstens für die an der Versammlung teilnehmenden Aktionäre, als zulässig entschieden, ungefähr $^1/_4$ des Fr. 5,362,744.57 ausmachenden Reingewinnes weder als Dividende, Tantieme, Gratifikationen auszukehren, noch als förmliche Reserve zurückzulegen, sondern lediglich auf neue Rechnung vorzutragen. Der Beschluss, der die Bildung eines solchen, das übliche Mass erheblich übersteigenden Gewinnvortrages guthiess, ist so für diese Aktionäre unanfechtbar geworden.

Die Frage der Zulässigkeit eines solchen Gewinnvortrages hat demnach im konkreten Falle in der Hauptsache nur noch ein akademisches Interesse. Die bei diesem Anlass zutage getretenen Ansichten über Begriff und Bedeutung des Vortrages auf neue Rechnung, über die Art und Weise der Bildung des Rechnungsvortrages rechtfertigen dennoch diese Untersuchung. Das geschilderte Vorgehen bei der Aluminium-Industrie-Aktien-Gesellschaft ist in gewisser Hinsicht typischer Art, denn die Auffassung, den Gewinnvortrag als Reserve zu betrachten und ihn demzufolge gegebenenfalls in einer dem Zweck entsprechenden Höhe zu halten, tritt auch anderwärts zutage.

Wenn die nachfolgenden Ausführungen sich auf den Fall des Gewinnvortrages beschränken, so findet das seine Erklärung darin, dass der Fall des Gewinnvortrages der weitaus häufigere und praktisch bedeutungsvollere ist, und Meinungsverschiedenheit bei diesem Fall allein sich zeigt. Da aber Gewinn- und Verlustvortrag in dieser Hinsicht nicht

dem Wesen, sondern nur dem rechnerischen Ergebnis nach verschieden sind, so muss, was für den Gewinnvortrag gilt, analog auch auf den Verlustvortrag Anwendung finden.

II.

Der Gewinnvortrag wird vor allem in kaufmännischen Kreisen einer Reserve gleichgeachtet. Auch unter den Juristen ist die Meinung stark verbreitet, dass im Gewinnvortrag nur eine besondere Art der Reserve zu erblicken sei. Nun ist allerdings der Gewinnvortrag ein Teil jenes Reingewinnes, der vorläufig nicht der Verteilung und auch nicht der Deckung gegenwärtiger Bedürfnisse dienen soll. Damit ist er, wirtschaftlich und meist auch steuerrechtlich betrachtet, der Reserve gleichgestellt. Allein im rechtlichen Sinne ist Reserve nicht bloss der von der unmittelbaren Verwendung für gegenwärtige Betriebszwecke ausgeschlossene, für gewisse künftige Zwecke zurückbehaltene Teil des Betriebskapitals. Speziell im Sinne des Aktienrechts ist Reserve ein selbständiger Bilanzposten mit dem Zweck, Vermögenswerte der Gesellschaft über den Betrag des Aktienkapitals hinaus vor der Verteilung an die Aktionäre zu bewahren. Als ein Naturale, nicht Essentiale, kommt sodann für den Reservebegriff hinzu, dass die Zurückhaltung nicht bloss vorübergehend, sondern von Dauer ist. Und insofern macht die Reserve einen Teil des Vermögens aus, weil sie grundsätzlich nicht zur Bestreitung laufender Ausgaben dient. Zwar kommt es auch vor, dass die Reserve nicht nur für ein unbestimmtes, sondern für ein befristetes, in seinem Eintreten bestimmtes Ereignis Verwendung finden soll, und dass dann die Zuweisung der Reserve an das Gesellschaftsvermögen von vorneherein nur auf eine bestimmte Zeitdauer berechnet ist. Wesentlich für den Reservebegriff ist deshalb allein die Aus-

scheidung eines gewissen Vermögenskomplexes für einen bestimmten Zweck und daraus folgernd die Errichtung eines besonderen Kontos in der Buchhaltung. Und da die Reservierung von über das Aktienkapital hinausreichendem Vermögen ohne Zustimmung der Generalversammlung nicht zulässig ist, muss jegliche Aenderung im Zweck oder in der Höhe des reservierten Vermögens in letzter Linie von ihr gutgeheissen werden.

Den Gegensatz zu dieser Auffassung des Reservefonds bildet nach Gesetzgebung und Buchhaltung der Begriff des Gewinnvortrages bei der Aktiengesellschaft. Gewinnvortrag ist derjenige Teil des Reingewinns, dessen Ausschüttung unter die Aktionäre rechnerisch zwar möglich ist, aus praktischen Rücksichten jedoch unterbleibt. In früheren Jahrzehnten war die Austeilung einer Dividende in allerlei Bruchteilen von Prozentsätzen des Aktienkapitals eher gebräuchlich.[3]) Auch heute noch sind es vornehmlich unter staatlicher Aufsicht stehende, und von staatlicher Konzession abhängige Gesellschaften, wie Notenbanken[4]), Eisenbahngesellschaften[5]), die Dividenden in verschiedensten Bruchteilen von Prozenten ausrichten. Von Deutschland aus hat sich aber mehr und mehr ein Handelsgewohnheitsrecht zu entwickeln begonnen, wonach Dividenden mit Bruchteilen von weniger als $\frac{1}{2}$ % nicht zur Auszahlung gelangen. Die wachsende Bedeutung des börsenmässigen Handels mit Aktien hat die Ausbreitung dieses Gewohnheitsrechtes begünstigt zusammen mit dem

---

[3]) So verteilte z. B. die Schweiz. Kreditanstalt 1857 $5\frac{5}{7}$ %, 1858 3,8 % Dividende; vergl. auch bezüglich der Bank in St. Gallen S. 350 der Jubiläumsschrift von Dr. *P. Gygax*.

[4]) Vergl. z. B. die Angaben in den Tabellen bei *Fr. Fuchs*, Die Reichsbank-Bilanz, in der Schweiz. Zeitschrift für kaufmännisches Bildungswesen 1907/08.

[5]) Z. B. betrugen die Dividenden der Gotthardbahn 1903 und 1904 6,8 %, 1905 und 1906 7,4 %.

Umstand, dass viele Aktiengesellschaften eine Dividendenpolitik im Sinne möglichster Stabilität der Dividende betreiben.

Der nach der beschriebenen, aktienrechtlichen Praxis nicht verteilte Reingewinn hört aber deshalb nicht auf, Gewinn zu sein, weil die Generalversammlung über seine Verwendung keine Bestimmung trifft. Er muss als erster Posten auf die neu zu eröffnende Gewinn- und Verlustrechnung für das nächste Geschäftsjahr übertragen werden. Der im Gewinnvortrag verkörperte Teil des Reingewinnes wird damit freilich bis zur nächsten Beschlussfassung über den Reingewinn der Verwendung formell entzogen. Er wird aber darum keineswegs zur Reserve, wie die Grosszahl der Schriftsteller annimmt.[6]) Er wird nicht dauernd zum Kapital geschlagen, wird kein Teil des Gesellschaftsvermögens. Er bleibt ein von der Generalversammlung festgestellter Betrag der neuen Rechnung, der aber faktisch der Verwaltung zur Verfügung steht für ihren Geschäftsbetrieb, der nicht eine bestimmte Verwendung finden muss wie die Reserven, sondern allgemein dem Gesellschaftszwecke gewidmet bleibt. Rechnerisch ist er als Gewinnposten in die neue Rechnung eingesetzt, faktisch kann er durch im Geschäftsjahr eintretende Verluste vermindert oder aufgezehrt werden. Bei der Rechnungsabnahme wird über die ganze Rechnung und die Verwendung ihres Ergebnisses, niemals über den Posten des Gewinnvortrages für sich Beschluss gefasst. Wäre der Gewinnvortrag eine Reserve, so müsste er

---

[6]) Vergl. insbesondere bei *H. Rehm,* Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 544 ff., 552, 646, 655, 667 ff., 671 ff. und die dort angeführten Zitate, *V. Simon,* Bilanzen der Aktiengesellschaften 3. Aufl., S. 11 f., 248 f. und die dortigen Zitate, sodann *Preische,* Gewinnvortrag und Tantiemeberechnung, Berlin 1902, *Baumer,* Ueber Reingewinn, Gewinnvortrag und Tantiemeberechnung, Nürnberg 1902, und sodann *Steiner* in Holdheims Monatsschrift, Bd. 10 (1901), S. 219 ff. (Gehört der Gewinnvortrag zu den Rücklagen im Sinne der §§ 237 und 245 HGB); für das französische Recht vergl. *E. Thaller* in seinen Annales de Droit commercial, Bd. 10 (1895), S. 241 ff. (amortissement et fonds de réserve).

nicht nur wie eine solche von der Generalversammlung beschlossen werden, sondern die Aufhebung und die Verwendung seines Betrages für die laufende Rechnung müsste wiederum von demselben Gesellschaftsorgan in förmlichem Beschluss gutgeheissen werden.

Auch als sogenannte Rücklage — richtigerweise nur eine andere Benennung für das, was das Gesetz als Reserve bezeichnet — darf der Gewinnvortrag nicht aufgefasst werden. Rücklage oder Rückstellung ist freilich begrifflich nur da möglich, wo im Grunde eine Verteilung erfolgen sollte, also beim Gewinn. Aber die Gewinnrücklage bedingt die Ausscheidung eines Teils des Gewinns aus dem Gewinn- und Verlustkonto auf ein anderes Konto oder die Bildung eines besonderen Gewinnrücklage- oder Gewinndispositions-Kontos. Diese Ausscheidung findet aber, wie die vorherigen Ausführungen dargetan haben, beim Gewinnvortrag nicht statt, sondern dieser ist es ja ganz besonders, der auf dem Gewinn- und Verlustkonto verbleibt.

III.

Auch die buchhalterische Behandlung des Gewinnvortrages stellt sich in Gegensatz zu der überwiegend vertretenen Auffassung über seine Rechtsnatur. Dem Gewinnvortrag wird nicht, wie der Reserve, ein Konto, speziell ein Kapitalkonto, eröffnet. Er bildet deshalb auch keinen selbständigen Bilanzposten, sondern seine Uebertragung auf das Gewinn- und Verlustkonto erfolgt entweder unmittelbar, wie in den weitaus häufigsten Fällen, oder mittelbar nach vorheriger Uebertragung auf ein für diesen Zweck eigens geschaffenes Vortragskonto.

1. Eine vielfach bei Aktiengesellschaften geübte Praxis scheint nun freilich mit diesem Satze nicht im Einklang zu stehen. Während regelmässig der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung als Ganzes unter dieser Bezeichnung oder

unter der speziellen Benennung Reingewinn oder Reinverlust in die Bilanz eingesetzt wird, so findet sich gelegentlich in den Geschäftsberichten neben dieser ersten Bilanzaufstellung eine zweite auf Grundlage der Gutheissung der Anträge des Verwaltungsrates über die Verwendung des Reingewinnes. In dieser letzteren Aufstellung findet sich der Gewinnsaldo unter verschiedene Bilanzkonten verteilt, wie unter ein Dividendenkonto, ein Tantiemenkonto, sofern nicht, um diesen letzten Posten nicht allzu offensichtig zu machen, die Tantiemen und die Gratifikationen an Angestellte dem Konto der Kreditoren gutgeschrieben werden. Dividenden- und Tantiemenkonto sind aber im Gegensatz zu allfällig bedachten oder neu errichteten Reservekonten nur vorübergehender Natur. Beide verschwinden sofort wieder und sind darum im Hauptbuch meist gar nicht vorhanden, mit Ausnahme etwa eines Kontos für nicht abgehobene Dividenden.[7] Bei dieser Art Bilanzierung erscheint dann der Gewinnvortrag als Bilanzposten, nämlich als letzter Posten auf der Passivseite der Bilanz. Allein er ist dann nicht lediglich Gewinnvortrag, sondern der um eine Reihe von Posten, wie Dividende, Tantieme, Reserven, erleichterte Saldo des Gewinn- und Verlustkontos überhaupt. Richtiger Auffassung nach handelt es sich bei dieser Ausscheidung des Gewinnsaldos im Bilanzkonto um Ausscheidungen, die das Gewinn- und Verlustkonto betreffen, die aber der grösseren Uebersichtlichkeit wegen im Bilanzkonto zur Erscheinung gebracht werden.

2. Da der nicht verteilte Reingewinn Gewinnvortrag und nicht Gewinnrücklage ist, muss er bei ordnungsmässiger Buchführung (Art. 877 SOR.) als erster Posten der neuen

---

[7] Die an sich korrektere Buchungsart befolgen strikte diejenigen Aktiengesellschaften, die kein Tantièmenkonto führen, sondern die Tantièmenzahlungen zulasten des Gewinn- und Verlustkontos vollziehen; vergl. *Fischer,* Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind, Leipzig 1908, 2. Teil, S. 261.

Gewinn- und Verlustrechnung erscheinen. Vielfach wird aber auf das Ergebnis des im neuen Jahre neu erzielten Gewinnes für Tantieme- und Steuerberechnung allein abgestellt. Damit ist es auch gebräuchlich geworden, den Vortrag nicht bereits in die neue Gewinn- und Verlustrechnung einzusetzen, sondern den Posten, die aus Geschäftsoperationen des neuen Geschäftsjahres entspringen, den Vortritt zu lassen und dann erst am Schlusse der Rechnung, den Vortrag vom Vorjahre anzuschliessen. Namentlich in Deutschland haben in ihrer Formulierung unglückliche handelsrechtliche Bestimmungen (§§ 237 und 245 DHGB.) wegen der Tantieme, dann auch Vorschriften der Steuergesetze, dazu geführt, diese Ausscheidung der grösseren Uebersichtlichkeit wegen vorzunehmen.

Diese Ausscheidung hat auch zu der für schweizerische Verhältnisse praktischen Trennung von Jahres- und Betriebsgewinn geführt, indem der erstere den nach Vergleichung sämtlicher Aktiven und Passiven sich ergebende Reingewinn darstellt, der letztere diesen Reingewinn, vermindert um den Vortrag letztjähriger Rechnung. Bei der Tantiemepflicht ist in Deutschland streitig, ob bei Schweigen des Statuts der Gewinnvortrag ebenfalls tantiemepflichtig sei, indem eben der bilanzmässige Reingewinn (Jahresgewinn) (§§ 261 Ziff. 6, 237, 245 DHGB.) zur Tantiemeberechnung herbeizuziehen sei[8]), oder ob ein handelsrechtliches Gewohnheitsrecht bestehe, nach dem der Vortrag nicht tantiemepflichtig erklärt werden könne.[9]) Diese letztere Auffassung eines Gewohnheitsrechtes dürfte für die Schweiz zutreffen, denn, soviel sich als Praxis der schweizerischen Aktiengesellschaften nach den publizierten Geschäftsberichten konstatieren lässt, ist es bei uns allgemein gebräuchlich, die Tantieme nur von dem im Geschäftsjahre wirklich verdienten Reingewinne, nicht

---

8) So *Rehm,* a. a. O. S. 655 ff., *Steiner,* a. a. O. S. 219 ff.
9) So *Simon,* a. a. O. S. 11.

auch vom Gewinnvortrag in Rechnung zu bringen. Entscheidungen der Gerichte, namentlich des Bundesgerichts[10]), über die Auslegung von Art. 630 SOR. nach dieser Hinsicht sind dem Verfasser nicht bekannt. Eine entgegengesetzte Praxis würde aber der mit dem deutschen Gesetze übereinstimmenden Normierung von Art. 630 SOR. nicht widersprechen.

Die steuerrechtliche Behandlung des Gewinnvortrages, die gleichfalls die eben beschriebene, von der ordnungsmässigen Buchführung abweichende Behandlung des Gewinnvortrages in der Gewinn- und Verlustrechnung mitverschuldet, ist in Deutschland (Preussen, Bayern) und Oesterreich derart, dass der Vortrag letzter Rechnung zur Steuer nicht herangezogen werden kann. In der Schweiz ist die kantonale Praxis nach den verschiedenen kantonalen Rechten verschieden gestaltig. In der Gesetzgebung nimmt nur der Antrag der Kantonsratskommission zum zürcherischen Gesetzesentwurf betreffend die direkten Steuern (27. März 1902) darauf besonders Rücksicht, indem dort (§ 16 lit. c) einzig die Vermehrung des Uebertrages auf neue Rechnung als steuerpflichtiges Einkommen erklärt wird.[11])

IV.

Wenn das Statut keinerlei Anhaltspunkte zur Lösung der Frage gibt, so ist die Bildung eines solchen Gewinnvortrages

[10]) Die Ausführungen in den Entscheidungen vom 17. Dezember 1897 (A. S. Bd. XXIII 2, No. 241, insbesondere S. 1832, 1. November 1902 (A. S. Bd. XXVIII 2 No. 60, insbesondere S. 486) und 15. April 1905 (A. S. Bd. XXXI, No. 65, insbesondere S. 475 ff.) betreffen Fragen des Reingewinns überhaupt, nicht des Gewinnvortrages.

[11]) *W. Gerloff,* Die kantonale Besteuerung der Aktiengesellschaften in der Schweiz, in der Zeitschrift für Schweiz. Statistik, 42. Jahrg. (1906), S. 165 ff., insbesondere S. 246, ferner Effekten-Kursblatt der Schweiz. Kreditanstalt vom 30. November 1904.

nach den Bestimmungen des Gesetzes allein gemäss den bisherigen Ausführungen nur in ganz beschränktem Masse möglich. Der Gewinnvortrag als Teil des Reingewinns ist grundsätzlich unter die Aktionäre zu verteilen und kann dieser Bestimmung nur dann entzogen werden, wenn das Statut — abgesehen von Art. 631, Abs. 2 SOR. — entweder im einzelnen die Anlage von Reserven (Rücklagen) vorsieht, oder ohne besondere Reservestellung der Generalversammlung das Recht gibt, über die Verwendung des Reingewinns nach Zweckmässigkeit zu beschliessen. Alsdann kann die Generalversammlung auch im Statut nicht vorgesehene Reserveanlagen vornehmen, sie kann auch einen das übliche Mass von $^1/_2$ % des einbezahlten Aktienkapitals übersteigenden Gewinnvortrag gutheissen. Wenn aber das Statut die Anlage von Reserven, sei es in das freie Verfügungsrecht der Generalversammlung der Aktionäre stellt, oder auf Antrag des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung zu beschliessen vorsieht, dann kann nicht statt Reservestellung, d. h. Einstellung auf ein besonderes Reservekonto, der Weg des Gewinnvortrages gewählt werden. Wohl aber ist dieser letztere Weg zulässig, wenn es beispielsweise im Statut heisst, dass ein allfälliger Ueberrest des Reingewinns nach erfolgten Abzügen nach Beschluss der Aktionäre zu verwenden sei. Der Fall, dass der Generalversammlung diese Kompetenz eingeräumt ist, findet sich nicht allzu selten in den Statuten. Wenn sie weniger häufig praktisch zur Ausübung kommt, so liegt der Grund darin, dass die statutarisch vorgesehenen Abzüge vom Reingewinn für Dividende, Reserven usw. diesen selbst aufzehren.

Ueber die Verwendung eines solchen Gewinnvortrages hat die nächste Generalversammlung bei Vorlage der Rechnung und der Anträge über die Reingewinnverteilung zu beschliessen. Auch eine statutarisch nicht vorgesehene, nur auf Generalversammlungsbeschluss beruhende Reserve kann sie wieder aufheben wie eine über die statutarische Vorschrift

hinausgehende Aeufnung der Reserve wieder entziehen. Die Bildung eines über die übliche Höhe hinausgehenden Gewinnvortrages wie die Schaffung von Reserven bedürfen aber stets einer Schlussnahme der Generalversammlung, denn sie bedeuten eine Verfügung über den Reingewinn, die zu treffen allein die Generalversammlung nach zwingender Vorschrift des Gesetzes (arg. Art. 631 SOR.) berechtigt ist. Eine Uebertragung dieser Kompetenz an ein anderes Gesellschaftsorgan, etwa an den Verwaltungsrat, wie sie sich nicht selten in den Gesellschaftsstatuten findet, hat nur die Bedeutung einer ausdrücklichen Zuschreibung des Rechtes zur Antragstellung seitens dieses Organs, einer Befugnis, die diesem Organe ohnehin zukommt.

Schulthess & Co., Druck und Verlag, in **Zürich.**

Prospekt.

Genannten vier Bänden des Kommentars zum Zivilgesetzbuch wird sich unmittelbar nach Beratung durch die eidgenössischen Räte eine neue Kommentar-Ausgabe des

Schweizerischen Obligationenrechtes

herausgegeben von

Dr. H. Waechter,

Oberrichter in Zürich,

anschliessen, und endlich wird, ebenfalls unter strenger Anschliessung an unsern Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, seinerzeit eine neue 3. Auflage des

Kommentars

zum

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

von

Bundesrichter Dr. **Leo Weber** und

Nationalrat Dr. **Alfred Brüstlein**

vollständig umgearbeitet und vermehrt

von

Dr. Alexander Reichel,

Bundesrichter in Lausanne,

erscheinen.

Diese drei in Anlage und Abfassung streng korrespondierenden Werke werden zum eisernen Bestande nicht nur jedes Juristen, sondern auch jeder grösseren Bibliothek gehören.



